Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania

Julia Maurmann Ximenes (org.)

PODER SIMBÓLICO E AS DECISÕES JUDICIAIS

À LUZ DA TEORIA DE PIERRE BOURDIEU

1ª edição

DOI 10.11117/9788565604086

Brasília

IDP

2012

APRESENTAÇÃO

O grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania - DDFC, certificado no CNPq pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a liderança da professora Dra. Julia Maurmann Ximenes, tem trabalhado com uma problematização que norteou várias produções do grupo: o papel central atribuído ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988 no tocante à resolução de conflitos tipicamente políticos e de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, fenômeno conhecido como judicialização da política.

A partir deste eixo temático central, várias análises foram suscitadas, como judicialização da saúde (projeto de levantamento de dados empíricos coletados na primeira instância do Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios em 2009), cidadania (projeto de pesquisa com levantamento de dados empíricos em escolas do Distrito Federal e objeto de publicações no CONPEDI) e judicialização da política (reflexão da produção objeto da publicação eletrônica de 2011).

São três anos com produção que reflete a preocupação dos integrantes do grupo – alunos de graduação, pós-graduação *lato sensu* e mestrado, bem como professores e egressos do mestrado do IDP – com a centralidade do Direito e do Poder Judiciário, tônica presente após o texto constitucional de 1988 e que tem provocado inúmeras reflexões na pesquisa jurídica.

Neste contexto, o desafio de 2012 inclui um marco teórico específico que permitiu uma grade de leitura do real, ou seja, a partir de categorias teóricas, buscou-se analisar a atuação do Poder Judiciário, considerando a problematização apontada acima. O referencial teórico escolhido foi Pierre Bourdieu, autor de várias análises sobre a dinâmica dos atores em diferentes “campos” (1989): para Bourdieu, campo é o espaço multidimensional de posições definidas segundo o volume global ou composição de capital. Assim, campo pode ser compreendido como um espaço de atuação de diferentes atores, um local dinâmico, com interesses, com “capital” (*quantum* social que determina a posição que um agente específico ocupa neste campo, seja econômico, cultural, social e simbólico), com “poder simbólico”. Esta última categoria teórica expressa o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e de fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, desse

modo, a ação sobre o mundo (relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos).

Por intermédio destas e outras categorias teóricas, Bourdieu elaborou uma análise sobre o campo jurídico, no livro **Poder Simbólico** (1989), principal obra utilizada nas discussões do grupo. Conforme salienta Ortiz (1983)

> Os estudos de Bourdieu acentuam, sobretudo, essa dimensão social em que as relações entre os homens se constituem em relações de poder, mais ainda, em que elas reproduzem o sistema objetivo de dominação interiorizado enquanto subjetividade; a sociedade é, dessa forma, apreendida como estratificação de poder. A reprodução da ordem não se confina simplesmente aos aparelhos coercitivos do Estado ou às ideologias oficiais, mas se inscreve em níveis mais profundos para atingir inclusive as representações sociais ou as escolhas estéticas (p. 26).

Estas relações de poder estão implícitas na atuação de diferentes atores do campo jurídico – sejam integrantes do Poder Judiciário ou não – e este foi o principal objeto de estudo do grupo, publicado na presente obra. Bourdieu salienta que:

> A posição de um determinado agente no espaço social pode assim ser definida pela posição que ele ocupa nos diferentes campos, quer dizer, na distribuição dos poderes que atuam em cada um deles, seja, sobretudo, o capital econômico – nas suas diferentes espécies -, o capital cultural e o capital social e também o capital simbólico, geralmente chamado prestígio, reputação, fama etc.. que é a forma percebida e reconhecida como legítima das diferentes espécies de capita. Pode-se assim construir um modelo simplificado do campo social no seu conjunto que permite pensar a posição de cada agente em todos os espaços de jogo possíveis (dando-se por entendido que, se cada campo tem a sua lógica própria e a sua hierarquia própria, a hierarquia que se estabelece entre as espécies do capital e a ligação estatística existente entre os diferentes haveres fazem com que o campo econômico tenda a impor a sua estrutura aos outros campos) (1989, p. 134/5).

Portanto, a reflexão de Bourdieu chega às lutas simbólicas travadas no interior dos diferentes campos, o que acarreta a ideia de legitimidade, tema importante para vários artigos da presente obra. As lutas simbólicas a propósito da percepção do mundo constituem lutas pelo poder de produzir e impor a visão de mundo legítima, tendendo a reproduzir e reforçar as relações de força que constituem a estrutura do espaço social.

O campo jurídico, para Bourdieu, é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se

defrontam atores investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.

Portanto, a discussão presente nos artigos é sobre as diferentes “estratégias retóricas” ou “discursivas” dos diferentes atores envolvidos nos casos analisados, as “lutas simbólicas” estabelecidas entre atores do campo jurídico.

Assim, a partir de casos emblemáticos no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, os integrantes do grupo aplicaram as categorias teóricas de Bourdieu no real, analisando a dinâmica do campo jurídico de cada caso.

Os dois primeiros artigos versam sobre a racionalidade dos julgamentos proferidos em sede de controle de constitucionalidade e a legitimidade das decisões do STF. José dos Santos Carvalho Filho trata da legitimidade da atuação do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.029, cujo objeto é a constitucionalidade da criação do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade; e Alessandra Matos de Araújo analisa duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tratam da criação da Defensoria Pública no Espírito Santo e em Santa Catarina, discutindo a relevância do acesso à justiça.

Em seguida, Rodrigo Chaves de Freitas analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF, que discutiu a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, refletindo sobre o poder simbólico da decisão conferida pelo STF no caso.

A função de “guardião da Constituição” é objeto de análise do artigo de Ivete Maria de Oliveira Alves, que discute a difícil relação entre legalidade e confiança legítima em razão de fato consumado na Ação Cível Ordinária nº 79.

Após o período ditatorial brasileiro, várias leis foram objeto de análise quanto à compatibilidade ou não com o texto constitucional de 1988. Neste sentido, Camila Baptista de Carvalho Dorna Magalhães analisa a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 cujo objeto foi a Lei de Imprensa, tendo como foco principal a colisão de direitos de honra, imagem e privacidade *versus* direito de informação.

Por fim, a última análise com outros dois importantes atores do campo jurídico: a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638. Aqui, Nivea Adriana da Silva Orso e Sidraque David Monteiro Anacleto discutem o poder simbólico implícito no discurso dos atores envolvidos.

Portanto, o conteúdo das decisões nos casos analisados ratifica a visão de Bourdieu: a decisão é resultado da luta simbólica entre os diferentes atores jurídicos envolvidos, dotados de competências técnicas e sociais desiguais, que consequentemente utilizarão recursos jurídicos disponíveis de forma desigual. Desta feita, a decisão judicial deve mais às atitudes dos atores do que às normas puras do direito, mas o trabalho de racionalização confere eficácia simbólica a esta decisão, ignorando o que tem de arbitrário e reconhecendo-a como legítima. A legitimidade das decisões é fruto do “reconhecimento” do poder simbólico que o direito e os juristas detêm de dizer o Direito, mas não consegue camuflar totalmente a dinâmica dos interesses envolvidos. E este foi o objetivo do grupo DDFC no ano de 2012: compreender melhor a dinâmica do campo jurídico e suas “lutas simbólicas”.

Esperamos que os artigos aqui publicados contribuam na divulgação da obra de Pierre Bourdieu no âmbito da pesquisa jurídica brasileira e que em 2013 novas análises sejam feitas. Importante registrar ainda um agradecimento especial aos integrantes que participaram dos debates e muito contribuíram para a melhora dos artigos, bem como a atuação comprometida da coordenadora, prof.ª Janete Barros.

Boa leitura!

Prof.ª Julia

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bourdieu, Pierre. **Coisas Ditas.** São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____________. **O Poder Simbólico.** Lisboa: Difel, 1989.

Ortiz, Renato (Org.). **Pierre Bourdieu.** São Paulo: Ática, 1983.

SUMÁRIO

A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS SEUS JULGADOS: ANÁLISE DO CASO INSTITUTO CHICO MENDES DE BIODIVERSIDADE

José dos Santos Carvalho Filho[1]
DOI 10.11117/9788565604086.01

RESUMO: Avalia-se a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir do princípio da fundamentação racional das decisões judiciais, sob a ótica da sociologia de Pierre Bourdieu. A análise parte de estudo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, no qual se decidiu pela constitucionalidade da instituição do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade.

PALAVRAS-CHAVE: Instituto Chico Mendes. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.029. Pierre Bourdieu.

RÉSUMÉ: Cet article évalue le comportement du Supremo Tribunal Federal, la Cour Suprême au Brésil, à partir de la rationalité de ses décisions du point de vue de la sociologie de Pierre Bourdieu. Il s'agit d'une analyse d'un cas qui a été jugé au Supremo Tribunal Federal en examinant l'action directe d'inconstitutionnalité 4.029, Relateur Juge Luiz Fux, dans laquelle la Cour a décidé que la création de l'Institut Chico Mendes pour la biodiversité a été inconstitutionnel.

MOTS-CLÉS: Institut Chico Mendes. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.029. Pierre Bourdieu.

NOTAS PRELIMINARES

Em seu discurso de abertura do ano judiciário de 2012, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Cezar Peluso, afirmou, com veemência, que o povo acredita no Poder Judiciário brasileiro (PELUSO, 2012).

---

[1] Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor de Direito. Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal. Membro do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania. Contato: jscarvalhofilho@gmail.com

Será?

Não parece que a opinião pública comunga dessa ideia, pois é fácil encontrar manifestações que demonstram que a imagem do Poder Judiciário perante o povo não está tão hígida assim (ex. MEDAGLIA, 2012; LEAL, 2012).

Certamente, o Judiciário, como Poder eminentemente técnico, não precisa agir de acordo com a opinião pública em tudo e por tudo, mas, ao contrário, muitas vezes deve exercer o seu papel contramajoritário[2], para proteger os direitos fundamentais de segmentos da sociedade que não encontram representatividade na discussão política.

Assim, o problema enfrentado neste ensaio não diz respeito à aceitação pública de decisões judiciais, mas à legitimidade dos julgamentos.

Como ensina Luís Roberto Barroso (2012),

> (...) o processo judicial permite que os cidadãos e grupos sociais submetam questões e deduzam seus pontos de vista no espaço público. Em alguns casos – sobretudo quando se trate de segmentos não representados ou que sofram rejeição nos ambientes de decisão majoritária –, a judicialização acaba sendo o canal de discussão mais acessível. Adicionalmente, o dever de fundamentar as decisões faz com que o Judiciário estabeleça um diálogo direto e explícito com a sociedade, que deve ser baseado em argumentos colhidos na ordem jurídica e justificados racionalmente. Isso não garante aceitação universal e certamente não afasta o risco de equívocos e distorções, mas facilita o controle. Mais do que isso, a lógica da decisão judicial incorpora plenamente a premissa de que todo destinatário de uma decisão estatal tem o direito a ser informado das razões que lhe servem de fundamento e a questionar sua consistência, racionalidade e legitimidade.

Verifica-se, portanto, que é por meio da fundamentação de suas decisões que o Judiciário se legitima, dialoga com a sociedade e também possibilita o controle de seus próprios atos. Não é à toa que a Constituição

---

[2] Oportuno citar declaração do Ministro Gilmar Mendes sobre o papel contramajoritário da jurisdição constitucional: "Não se dá independência ao juiz para ele ficar consultando o sujeito da esquina. Vamos ouvir as ruas para saber o que o povo pensa sobre o STF conceder ou não *habeas corpus*? Ou os nossos blogueiros? A jurisdição constitucional, por definição, é contramajoritária. Ela só funciona por ser contramajoritária" (MENDES, 2010).

impõe a obrigatoriedade aos juízes de fundamentação racional das decisões tomadas (Art. 93, IX, da Constituição).

Os órgãos jurisdicionais são detentores do que Bourdieu denomina poder simbólico[3], entendido como um atributo/autoridade/reconhecimento conferido àqueles que o detêm por seus pares concorrentes e pelos destinatários desse poder simbólico (BOURDIEU, 2005, p. 7-8). O autor leciona que o poder simbólico é um “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. Ele pode ser de várias espécies: econômico, político, jurídico, etc., a depender do campo social que se analisa. Os detentores do capital jurídico, por exemplo, são os operadores do Direito e os seus destinatários são os jurisdicionados (PINHEIRO, 2012).

Pode-se afirmar que o *quantum* de poder simbólico possuído está diretamente ligado à posição ocupada pelo agente dentro de cada campo, de modo que o Supremo Tribunal Federal é o órgão jurisdicional com maior quantidade de capital jurídico no Brasil.

O abuso no exercício do poder simbólico pode ensejar uma violência simbólica, caracterizada por uma ideologia que escamoteia a manifestação legítima do poder simbólico. Discursos como o de neutralidade, imparcialidade e desinteresse pessoal em prol do interesse da coletividade visam dissimular a margem de arbitrariedade e pessoalidade contidas no

[3] Para entender melhor a sociologia de Pierre Bourdieu no campo jurídico, indica-se a leitura de PINHEIRO, Wecsley dos Santos. Reflexões sobre o campo jurídico a partir da sociologia de Pierre Bourdieu. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3216, 21 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21579>. Acesso em: 5 maio 2012. O autor apresenta resumo elucidativo sobre as categorias teóricas utilizadas por Bourdieu: “Em suma, de posse das quatro noções – campo, *habitus*, poder simbólico e violência simbólica –, pode-se asseverar que campo social é um espaço, relativamente independente às pressões externas, de estruturas estruturadas que, após serem interiorizadas pelos indivíduos num primeiro momento, são exteriorizadas num segundo momento na forma de estruturas estruturantes, sendo resultado de um paulatino processo histórico de formação em torno de uma ortodoxia, em que os participantes, cada qual com seu *habitus*, concorrem entre si pela aquisição de um capital específico, definindo, de acordo com o *quantum* detido desse capital, sua posição e disposição de dominação, subordinação ou homologia em relação aos seus pares e aos destinatários de seu capital específico. Do exercício desse poder simbólico decorre uma violência simbólica, a qual é desconhecida pelos sujeitos que estão submetidos a ela. Essa violência simbólica consiste na arbitrariedade e pessoalidade veladas e dissimuladas existentes nas práticas dos agentes sociais”.

exercício do poder simbólico em relação aos seus destinatários. Ocorre que essa escamoteação da verdade dos fatos por meio de uma ideologia acarreta a violência simbólica, haja vista ela ser aceita passiva e resignadamente por quem a sofre (os destinatários do poder simbólico), em virtude do desconhecimento de sua existência (BOURDIEU, 2005) (PINHEIRO, 2012).

Nesse contexto, a asserção do Ministro Cezar Peluso em seu discurso, inevitavelmente, instiga a refletir sobre a atuação do Judiciário nos últimos tempos e a legitimidade das decisões tomadas, a partir de uma análise da fundamentação das decisões.

Julgados recentes puseram a Suprema Corte brasileira em situação de exposição. Entre outros, podem ser citados os seguintes julgamentos:

1) O célebre caso Cesare Battisti, em que a Corte permitiu o descumprimento de sua decisão pelo Presidente da República, desgastou o Brasil nos planos interno e internacional (Reclamação 11.243);

2) O reconhecimento judicial da possibilidade de realização de aborto de fetos anencéfalos representa ativismo judicial questionável (ADPF 54);

3) A atribuição de efeito concretista ao mandado de injunção em que se impugnou a omissão normativa do poder público em regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço foi tão inovadora que o julgamento teve que ser adiado, diante da dificuldade encontrada pelos julgadores em fixar um critério objetivo, uma vez inexistente qualquer parâmetro normativo análogo no Direito brasileiro (MI 943 e outros);

4) A constitucionalidade das passeatas e manifestações públicas favoráveis à descriminalização do consumo de drogas (ADPF 187 e ADI 4274) não guarda coerência com a jurisprudência da Corte sobre as limitações à liberdade de expressão delineadas no julgamento do caso Ellwanger, sobre racismo contra judeus (HC 82.424); e

5) A inversão na proclamação do resultado do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade – de procedência para

improcedência –, um dia após o julgamento inicial (ADI 4.029), também gerou perplexidade.

Como a pesquisa em Direito não pode ser meramente instrumental, baseada em argumentos de autoridade ou sem comprovação científica, suportada apenas em opiniões e achismos (XIMENES, 2011), o objetivo desta análise é esmiuçar o conteúdo de uma dessas polêmicas decisões judiciais, para verificar, no caso, em que medida a legitimidade do Poder Judiciário, construída a partir de uma fundamentação racional de seus julgados, ainda se sustenta.

Para tanto, optou-se por analisar o mais recente dos casos citados, em que houve inversão no resultado de julgamento. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029, relatada pelo Ministro Luiz Fux.

2 O CASO INSTITUTO CHICO MENDES DE BIODIVERDIDADE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) é uma autarquia em regime especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente e integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente, que foi criada pela Medida Provisória 366/2007, posteriormente convertida na Lei 11.516/2007, com competência para executar as ações do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, podendo propor, implantar, gerir, proteger, fiscalizar e monitorar as Unidades de Conservação instituídas pela União, bem como fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das Unidades de Conservação federais (Art. 1º da Lei 11.516/2007).

A função do Instituto Chico Mendes, portanto, é proteger o patrimônio natural e promover o desenvolvimento socioambiental**.**

Ocorre que, a despeito da relevante missão institucional desenvolvida pelo ICMBio, pairavam dúvidas sobre a sua constitucionalidade, o que motivou a Associação Nacional dos Servidores do Ibama (ASIBAMA

NACIONAL) a ajuizar ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, para questionar a criação dessa autarquia.

Argumentou-se a inconstitucionalidade formal do Instituto por dois motivos: a) impossibilidade de criação de pessoa jurídica por medida provisória, diante da ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para a edição dessa espécie de ato normativo; b) desrespeito de regra procedimental para a conversão da medida provisória em lei, uma vez que a Constituição Federal impõe, desde a Emenda Constitucional 32/2001, a submissão do ato à análise de uma comissão parlamentar mista, antes da remessa aos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Alegou-se, ainda, ocorrência de inconstitucionalidade material, na medida em que o ato normativo impugnado enfraqueceria a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que fragmentaria a gestão ambiental, e os princípios da proporcionalidade e da eficiência, pois a instituição da autarquia implicou o aumento de gasto público desnecessariamente, diante da existência de outro ente – IBAMA – que já realizava idênticas atribuições.

Instada a se manifestar, a Advocacia-Geral da União, inicialmente, suscitou a ilegitimidade ativa da proponente da ação direta, ao fundamento de ausência de representatividade. Em seguida, defendeu a Constitucionalidade formal da norma, ao argumento de que a Resolução 01/2002, do Congresso Nacional, determina que, uma vez esgotado o prazo para a emissão de parecer pela comissão mista, o processo deve ser encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória. Sustentou, ainda, que o parecer tem caráter meramente opinativo, razão pela qual a exigência da Constituição deve ser encarada como simples peculiaridade do processo legislativo, não devendo inquinar a lei de inconstitucionalidade. Por fim, aduziu que os requisitos de relevância e urgência, na hipótese, são de avaliação subjetiva estritamente política, cuja apreciação é vedada ao Judiciário.

No que diz respeito à inconstitucionalidade material, a Advocacia-Geral da União rebateu as teses de enfraquecimento da proteção

ambiental e de violação aos princípios da eficiência e da proporcionalidade, uma vez que o ICMBio serviu para fortalecer e assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em conjunto com as atividades desenvolvidas pelo IBAMA.

O Ministério Público Federal opinou pela legitimidade ativa da proponente da ação direta e, no mérito, ratificou os fundamentos da Advocacia-Geral, para se manifestar pela improcedência da ação.

Instruído o processo, o então relator, Ministro Eros Grau, negou-lhe seguimento, por entender que a Associação Nacional dos Servidores do IBAMA (ASIBAMA) não constitui entidade de classe, mas associação ordinária de pessoas.

A associação, então, acostou lista atual com mais de quatro mil e quinhentos associados, representantes de todos os órgãos ambientais federais do país, e formulou pedido de reconsideração dessa decisão, o que foi deferido pelo ministro relator, após parecer favorável da Procuradoria-Geral da República.

O processo, então, foi incluído na pauta de julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

No dia 7 de março de 2012, o processo foi apregoado e iniciou-se o julgamento da questão. Após a leitura do relatório e oitiva das sustentações orais, o atual relator do caso, Ministro Luiz Fux, proferiu seu voto.

Sobre a preliminar de ilegitimidade ativa, o relator assentou que a participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, em vez de limitada, e que não se deve olvidar que os direitos fundamentais, entre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Ressaltou que a proponente comprovou possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, que representa a integralidade da categoria interessada, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente. Assim, rejeitou a

preliminar de ilegitimidade, no que foi acompanhado à unanimidade pelo Plenário.

O ponto central da questão, a partir de então, residiu na análise de inconstitucionalidade formal do diploma normativo atacado, uma vez que a inconstitucionalidade material foi refutada pelo Ministro Luiz Fux e nenhum dos ministros que lhe sucederam na votação retomou o ponto. Eis o trecho de seu voto em que a inconstitucionalidade material é rechaçada:

> No que concerne à inconstitucionalidade material suscitada pela entidade proponente, maior razão não lhe assiste. Sustenta-se na inicial que a criação da nova autarquia vulnerou e fracionou o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), afrontando, assim, o art. 225, § 1º, da Constituição, no qual está previsto o dever do Estado de proteger o meio ambiente; além disso, haveria violação aos princípios da proporcionalidade e da eficiência pela criação de nova entidade, aumentando o gasto público, sem que se observe a melhoria na execução da atividade administrativa em relação aos serviços que já eram prestados pelo IBAMA.
> Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Aqui, sim, se aplica o alerta de Alexander Bickel, de que o Judiciário enfrenta "dificuldades contramajoritárias" (*countermajoritarian difficulty*) ao adotar uma postura ativista no controle das decisões dos agentes eleitos democraticamente (The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª ed. Yale University Press, 1986), quanto mais quando não se observa qualquer afronta às determinações constitucionais.

Em seu voto, o Ministro Fux acolheu as duas teses sobre a inconstitucionalidade formal da norma: 1) ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para a edição de medida provisória; e 2) inexistência de parecer de uma comissão parlamentar mista, como exige a Constituição Federal.

A medida provisória, segundo José Levi do Amaral Júnior, é ato normativo primário e provisório, circunscrito à esfera de competência

exclusiva do Presidente da República, e que possui, antecipadamente, força, eficácia e valor de lei (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 122).

Trata-se, portanto, de competência legislativa atribuída ao Executivo, em decorrência de imposição natural de um mundo absolutamente dinâmico e de uma sociedade que muitas vezes reclama decisões urgentes (NICOLAU, 2009, p. 119).

Por conferir atribuição atípica ao Executivo, a Constituição delineia todos os pressupostos formais e materiais que legitimam a utilização dessa espécie normativa. Esses pressupostos funcionam, a um só tempo, como fonte legitimadora da atuação normativa excepcional do Presidente da República e como mecanismos deflagradores de sua competência legislativa extraordinária (CLÈVE, 2010, p. 80).

Dois pressupostos para a edição de medidas provisórias estabelecidos pela Constituição são extremamente importantes para se entender a discussão travada no caso Chico Mendes:

1) A cabeça do art. 62 da Constituição impõe que as medidas provisórias apenas sejam editadas quando houver relevância e urgência na regulamentação de um tema;

2) O § 9º do art. 62, incluído pela Emenda Constitucional 32/2001, preceitua que compete à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Na opinião do Ministro Luiz Fux, nenhum desses requisitos foi observado quando da edição da Medida Provisória 366/2007 e de sua posterior conversão na Lei 11.516/2007.

No que diz respeito à exigência de parecer de uma comissão parlamentar mista, o Ministro Fux revela que a comissão de que trata o art. 62, § 9º, da Carta Maior foi constituída, mas não houve quórum para votação

(um terço dos membros da Comissão), motivo pelo qual foram observados os termos da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, que assim dispõe:

> Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.
> (...)
> Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.
> § 1º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.
> § 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

Em síntese, referida Resolução estabelece que a comissão mista tem o prazo de quatorze dias para emitir parecer sobre a medida provisória. Após esse período, o processo legislativo deve seguir seu curso, mesmo sem a prolação do parecer, com designação de um relator para proferir parecer no Plenário da Câmara dos Deputados.

Em seu voto, o Ministro Fux aduziu que a magnitude das funções das comissões mistas no processo de conversão de medidas provisórias não pode ser amesquinhada, pois a Constituição visou assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Relembrou, ainda, que a exigência da comissão mista é uma imposição constitucional que não pode ser flexibilizada por uma Resolução do Congresso Nacional. Eis a conclusão de seu voto nesse ponto específico:

> A efetividade do art. 62, § 9º, da Carta Magna não pode mais ser negada. O Pretório Excelso não pode ser conivente com

> o desrespeito à Constituição, quanto mais quando a práxis vetusta se revela tão nociva à democracia e ao correto funcionamento do sistema de equilíbrio entre os Poderes da República.

Sobre os pressupostos de relevância e urgência, o Ministro Fux citou uma série de precedentes do Supremo Tribunal Federal para evidenciar que o tema não é novo na Corte. Em seguida, reconheceu a procedência do pedido de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

> *In casu*, o abuso do poder de editar Medidas Provisórias afigura-se evidenciado de forma patente, sendo impossível defender com seriedade que a criação de um ente para desincumbir-se das mesmas atribuições de autarquia já em operação revista-se da urgência necessária para afastar a adoção do rito legislativo ordinário.

Após toda essa reflexão, o Ministro Relator asseverou que a Corte não poderia fechar os olhos para os efeitos nocivos que a pronúncia de nulidade com efeitos retroativos acarretaria para a sociedade e formulou proposta de modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, para após o prazo de vinte e quatro meses, a contar da prolação da decisão.

Concluída a manifestação do relator, o Ministro Gilmar Mendes antecipou seu voto para acompanhá-lo quanto à questão da imprescindibilidade da comissão parlamentar mista e iniciar divergência quanto ao argumento de que não foram observados os requisitos constitucionais de relevância e urgência.

Assentou que a prática estabelecida pela Emenda Constitucional 32/2001 vem sendo sistematicamente contornada na atividade legislativa ordinária e que a Constituição pretendeu que realmente houvesse uma comissão mista de deputados e senadores, como uma tentativa de superar o modelo anterior à emenda, para examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer antes de serem apreciadas.

Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes discordou do Ministro Fux acerca do controle judicial sobre os requisitos de relevância e urgência.

Aduziu não ser defensor dessa possibilidade de escrutínio, porque há um elemento de política, no sentido exato do termo, que, às vezes, é determinante da urgência. Ressaltou que, apenas em caso de manifesto ou evidente abuso, o Supremo Tribunal Federal pode inventariar o critério de urgência.

No ponto, o Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelo Ministro Ayres Britto, o qual acrescentou que, em matéria ambiental, quando se visa proteger o meio ambiente, tudo se presume relevante e urgente. Enfatizou que o meio ambiente é tão importante que chega a ser uma questão planetária, ao lado da democracia e da ética na política.

Em seguida, votou a Ministra Rosa Weber, no mesmo sentido dos Ministros Gilmar Mendes e Ayres Britto. A Ministra resgatou um importante precedente do STF sobre o tema, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.289, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 2006, na qual a Corte assentou que as medidas provisórias convertidas em lei sem o requisito imposto pelo art. 62, § 9º, da Constituição eram ainda constitucionais. Aduziu que a Medida Provisória 366 era de 2007, portanto pensou, inicialmente, em seguir a linha de orientação adotada naquele precedente, mas, diante da formulação adotada pelo relator, a ela aderia.

A Ministra Cármen Lúcia também acompanhou os três ministros que a antecederam, para julgar a ação direta procedente quanto à violação ao art. 62, § 9º, da Constituição, bem como para modular os efeitos da decisão para o futuro.

Após, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu voto diametralmente oposto ao do relator, para julgar improcedente a ação. Entendeu que a medida provisória atendeu aos requisitos de relevância e urgência quando de sua edição e que o Congresso Nacional pode, legitimamente, disciplinar o procedimento de sua conversão em lei por Resolução, a fim de evitar manobras de obstrução da aprovação das medidas provisórias no Congresso Nacional. Eis o trecho de seu voto:

> Na espécie, simplesmente, apesar de ter sido designado um relator que emitiu parecer, a comissão não deu quorum

> simplesmente. Houve manobra de claríssima obstrução que impede exatamente o Congresso Nacional, que representa soberanamente o povo, de exercer o seu papel de examinar as medidas provisórias pelo Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
> Ora, editou-se a Resolução 01/2002 que estabelece exatamente isso e, a meu ver, *data venia* – e vou ficar isolado certamente nesse ponto de vista, já verifiquei isso de antemão -, aqui, o que se pretende impedir é que seja violada essa metodologia constitucional, ou seja, de que se examine essas medidas provisórias em tempo hábil para que elas não percam a sua eficácia no prazo de sessenta dias. E essa Resolução 01/2002, na verdade, é uma resolução que trata de matéria *interna corporis*. E o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma decisão, diz que nós não podemos nos debruçar sobre matéria desta natureza.

O voto seguinte foi do Ministro Marco Aurélio, que acompanhou toda a fundamentação do relator, mas entendeu que o vício de inconstitucionalidade é tão grave que não autoriza a modulação temporal dos efeitos da decisão.

O Ministro Celso de Mello seguiu a mesma linha de raciocínio da maioria, votando pela inconstitucionalidade da norma, por violação ao art. 62, § 9º, da Constituição e pela modulação dos efeitos da decisão.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso, embora tenha votado também pela inconstitucionalidade formal da norma, fundamentou sua decisão em sentido oposto ao voto da maioria, pois entendeu pela possibilidade de regulamentação do procedimento por Resolução do Congresso Nacional, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, mas sustentou ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para a criação de um ente (ICMBio) por medida provisória.

Houve, então, a proclamação do resultado do julgamento, e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, anunciou que a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente, por maioria de votos, com modulação de eficácia da decisão, nos termos do voto do relator.

Até aí, tudo correu bem. O grande problema relacionado a este caso surgiu quando o Advogado-Geral da União protocolizou petição,

informando que mais de quinhentas medidas provisórias foram convertidas em lei com base no procedimento previsto na Resolução 1/2002, do Congresso Nacional, motivo pelo qual postulou que o mesmo prazo de vinte e quatro meses da modulação temporal de efeitos da decisão fosse concedido ao Congresso Nacional para adaptar o processo legislativo à exigência constitucional de comissão parlamentar mista.

A petição foi apresentada ao Plenário do STF no dia 8 de março de 2012, para que apreciasse o pedido por meio de questão de ordem, tendo em vista a grande relevância do tema e a insegurança jurídica decorrente da possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade dessas diversas medidas provisórias, com base nos fundamentos lançados pela Corte Suprema no dia anterior.

Transcreve-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029:

> Senhor Presidente, hodiernamente, quando se faz uma análise da postura judicial, ora se entende que uma Suprema Corte deve ser minimalista, ora se entende que deve ser maximalista e ora se entende que tem que ser consequencialista.
> Há uma obra recente do professor Cass Sustein em que ele faz exatamente essa afirmação. Eu colhi um parágrafo em que ele diz o seguinte: essa postura consequencialista se caracteriza pela prudência, que é um elemento ínsito à atividade judicante, que deve, em última análise, promover a paz social. Se um julgamento tem relevância suficiente para causar graves efeitos para a ordem social, mesmo individual, esses efeitos devem ser considerados. Ele se vale da seguinte metáfora: os juízes devem decidir como acharem apropriado, mesmo que os céus venham a cair; porém, se a possibilidade de os céus cair for real, talvez os juízes não devam adotar a solução que entendam correta.

Consequencialismo pode ser definido como teoria que considera uma ação tão mais correta quanto mais ela produza determinado tipo de bem, ou seja, correta é a ação maximizadora do bem. Assim, o bem é definido independentemente do correto, sendo o correto aquilo que maximiza o bem (RIEFFEL, 2006).

Portanto, a partir de um juízo consequencialista, o Ministro Fux manifestou-se pelo acolhimento do pedido apenas para ressalvar a constitucionalidade das cerca de quinhentas medidas provisórias que já haviam sido aprovadas com base no procedimento previsto na Resolução 1/2002.

Iniciou-se, então, uma verdadeira algazarra nos debates do STF. Os ministros não chegavam a um entendimento em vários pontos: 1) Qual a consequência da conclusão do julgamento do caso Chico Mendes, em caso de acolhimento do pedido na forma proposta pela Advocacia-Geral da União? 2) Ainda permanece a necessidade de ratificação das medidas provisórias aprovadas pelo rito (in)constitucional, no prazo de vinte e quatro meses? 3) A necessidade de ratificação é apenas para o caso do ICMBio, em virtude do julgamento do dia anterior? 4) A Resolução 1/2002 foi declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF?

Alguns trechos dos debates evidenciam a complexidade das questões que se instalaram:

> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É que nós não poderíamos imaginar essa leniência parlamentar diante da letra tão clara do texto constitucional.
> (...)
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência reformula a modulação do efeito conferido ontem à decisão que tomamos?
> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, porque nós fomos surpreendidos com esse número avassalador de leis ritualmente votadas.
> (...)
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ontem nós falamos até em prazo de vinte e quatro meses. Então, estamos agora reformulando.
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acho que para aquela se mantém.
> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Aquela se mantém. Essa é agregativa essa decisão.
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Entendo. Então agora é uma nova proposta.
> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Diante desse novo quadro que nos chamou atenção.
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu sempre prefiro não assinalar prazo, não marcar prazo para o Legislativo, porque nós sabemos que o Legislativo não é obrigado a legislar.

> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Aqui não há prazo, Ministro Ayres. **A matéria de ontem ficou deliberada pela maioria absoluta e se sedimentou**. Agora, aqui, nós estamos numa questão de ordem.
> (...)
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu continuo curioso em saber o que vai ficar em relação ao juízo da procedência. Se fica o comando para que o Congresso refaça o Instituto Chico Mendes, se esse comando se estende também ou pode ser estendido às demais leis, nós só estamos adiando um problema que vai voltar aqui.
> (...)
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Daqui para trás, todas as leis aprovadas com observância da Resolução, nós as consideramos constitucionais. Daqui para a frente, como a Resolução já não vige, o Congresso tem liberdade para obedecer ao artigo 62, § 9º, sem a observância da Resolução.
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Deixe-me tentar refazer um pouquinho só para tentar ordenar. O juízo que nós emitirmos sobre essa lei, de alguma forma vai repercutir sobre tantas leis quantas tenham sido editadas sobre esse mesmo formato. É um pouco isso.
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Mas nesse ponto vamos reconhecer que as leis anteriores continuam todas constitucionais, sob esse ponto de vista.
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Constitucionais?
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Constitucionais. Isso.
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, estamos julgando...
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eficácia *ex nunc*.
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **Não é *ex nunc*. Estamos julgando, então, improcedente. Essa é a minha proposta. A minha proposta é que nós julguemos "ainda constitucional".**
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque se vale tudo até aqui; a lei que criou o Instituto Chico Mendes também (grifou-se).

Inicialmente, verifica-se que a justificativa lançada pelo Ministro Luiz Fux para fundamentar o acolhimento do pedido formulado por petição da Advocacia-Geral da União foi a informação da quantidade de medidas provisórias aprovadas pelo rito previsto na Resolução 1/2002. Mais, o ministro relator também assentou que a questão da inconstitucionalidade do Instituto Chico Mendes já estava sedimentada e que agora apenas

enfrentava uma questão de ordem, para lançar diretriz sobre todas as outras medidas provisórias inquinadas do mesmo vício.

Curioso, pois o Supremo Tribunal Federal, após longo debate, reviu aquela posição que já estava “sedimentada” e julgou a ação direta improcedente, por considerar que as medidas provisórias convertidas em lei sem submissão a um parecer de comissão parlamentar mista são ainda constitucionais. Além disso, a Corte declarou a inconstitucionalidade incidental do artigo 5º, *caput*, e do artigo 6º, § 1º e § 2º, da Resolução 1/2002, para que o Congresso Nacional, a partir do julgamento da ADI 4.029, passe a respeitar a exigência constitucional de instituição efetiva de uma comissão parlamentar mista.

E a proclamação final do resultado do julgamento foi que o Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para alterar o dispositivo do acórdão e fazer constar que a Corte julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução 1/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do caso Instituto Chico Mendes revelou que a fundamentação da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal não é consistente[4].

No segundo dia de julgamento, a Corte abandonou toda a argumentação jurídica que direcionava ao juízo de procedência da ação para, a partir de um juízo consequencialista, julgar improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade que impugnou a criação do instituto.

---

[4] Esclareça-se que todas as considerações finais lançadas dizem respeito à alteração do julgamento, e não ao mérito do processo, na medida em que se considera que seria legítimo tanto o juízo de procedência quanto o de improcedência do pedido, desde que respeitados os princípios da fundamentação racional das decisões judiciais e da segurança jurídica.

Com o objetivo de atender à segurança jurídica, a Corte inverteu a conclusão de seu julgamento e desconstituiu um julgado sem que houvesse específica provocação para tanto. Mais do que isso, pronunciou também a inconstitucionalidade incidental de ato normativo que não havia sido questionado.

O mais assustador desse julgamento sequer é o juízo de improcedência, mas a vacilação na orientação da Corte, a insegurança para decidir um caso com base na segurança jurídica.

A Corte deveria ter se preparado melhor. O discurso consequencialista desenvolvido no segundo dia de julgamento não decorreu de causa superveniente, pois as quinhentas medidas provisórias aprovadas com base no procedimento declarado inconstitucional já existiam; o impacto da decisão é que não foi efetivamente sopesado com antecedência.

O resultado final do julgamento representa um abuso do poder simbólico do Supremo Tribunal Federal. Parece claro que o órgão, por estar no ápice da estrutura do Poder Judiciário e deter maior quantidade de capital jurídico do que qualquer outro agente, utilizou-se dessa posição privilegiada para desconstituir um julgamento anterior e proferir outro em sentido oposto, atropelando princípios comezinhos do Estado de Direito, como o da segurança jurídica e o da fundamentação racional das decisões judiciais.

Ocorre que a motivação dos julgados é meio para o controle da atividade jurisdicional pela sociedade. Se se falha na formulação de uma fundamentação legítima e consistente, os jurisdicionados que são destituídos de capital jurídico não têm como se contrapor às decisões e acabam sendo vítimas de violência simbólica. Mas ainda os juristas mais renomados ficam de mãos atadas, pelo menos em um primeiro momento, para remediar o problema, pois, como diz o antigo brocardo, decisão judicial não se discute, cumpre-se.

As questões postas agora são: Há como confiar em um Judiciário assim? Por quanto tempo o Supremo Tribunal Federal continuará abusando do seu poder simbólico?

A sociedade está cada vez mais alerta. Retomando o discurso do Ministro Cezar Peluso sobre a confiança do povo no Poder Judiciário, a conclusão a que se chega não é otimista, pois se vê que o então Chefe do Judiciário brasileiro acredita que vivemos em uma ilusão.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi de Melo do. **Medida Provisória e sua conversão em lei**: a Emenda Constitucional n.º 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. In: **Revista Consultor Jurídico**. 3.1.2012. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente. Acesso em: 1º abr. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEAL, Saul Tourinho. O STF e a confiança pública. In: **Os Constitucionalistas**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-e-a-confianca-publica>. Acesso em: 31 mar. 2012.

MEDAGLIA, Osmar Carlos. **Em qual Judiciário devo confiar?** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/paineldoleitor/1043108-em-qual-judiciario-devo-confiar-questiona-leitor.shtml>. Acesso em: 15 mar. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Poder Contramajoritário do Juiz. In: **O Globo**. Disponível em: <http://www.leieordem.com.br/gilmar-mendes-juiz-nao-e-para-ouvir-o-vendedor-da-esquina.html>. Lei & Ordem. Acesso em: 5 amio 2012.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas Provisórias**: o Executivo que legisla. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

PELUSO, Cesar. **Discurso de Abertura do Ano Judiciário de 2012**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AnoJudiciario2012.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2012.

PINHEIRO, Wecsley dos Santos. Reflexões sobre o campo jurídico a partir da sociologia de Pierre Bourdieu. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3216, 21 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21579>. Acesso em: 5 maio 2012.

RIEFFEL, Luiz Reimaer Rodrigues. **Um Mundo Refeito**: o Consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner.

Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/101-83/8053/000566217.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 maio 2012..

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgada em 7/3/2012 e 8/3/2012.

XIMENES, Julia Maurmann. **Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito:** a técnica da análise de conteúdo. Artigo apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI. 2011.

OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS: ADI 4270/ES E ADI 2229/SC, ENVOLVENDO A DEFENSORIA PÚBLICA E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA, À LUZ DA TEORIA DE PIERRE BOURDIEU

Alessandra Matos de Araújo[5]
DOI 10.11117/9788565604086.02

RESUMO: A inexistência de Defensorias Públicas nos Estados brasileiros impede o acesso à justiça dos economicamente necessitados. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos que envolviam a inconstitucionalidade de normas do Espírito Santo e de Santa Catarina, optou, no caso do primeiro Estado, pela manutenção dessa situação pelo prazo de um ano a contar da data da decisão. O presente artigo objetiva demonstrar como as categorias teóricas abordadas pelo sociólogo Pierre Bourdieu podem ser utilizadas na análise desses julgamentos, proferidos em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4270/ES e 2229/SC.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade – Efeitos – Acesso à Justiça.

ABSTRACT: Lack of Public Defenders in the Brazilian states prevents access to justice for needy people. However, the Supreme Court in trials involving the constitutionality of the rules in the State of Espírito Santo and Santa Catarina, opted, in the case of the State of Santa Catarina for the maintenance of status for a period of one (1) year from the date of the trial. This article aims to demonstrate how theoretical categories addressed by sociologist Pierre Bourdieu can be used in the analysis of judgments in control of constitutionality by Brazilian Supreme Court.

---

[5] Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogada da União. Membro do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania.

KEY WORDS: Unconstitutionality – Effects – Access to Justice.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, especialmente durante as décadas dos anos sessenta e setenta do século XX, o mundo ocidental experimentou um fecundo período histórico em que o chamado movimento de “acesso à justiça” passou a ter destaque nos estudos acadêmicos.

Nos trabalhos acadêmicos publicados, especialmente aqueles que foram coordenados pelo professor italiano Mauro Cappelletti, o acesso à justiça é aceito como um direito social básico.

A conclusão de que um processo judicial depende apenas da situação jurídica das partes antagônicas, sem relação com as diferenças materiais que possuem, só seria possível num contexto em que houvesse “igualdade de armas”. Ocorre que essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. Fatores estranhos ao Direito, de fato, afetam a afirmação e a reinvindicação dos direitos. As diferenças entre as partes, conforme restará demonstrado, podem ser atenuadas por meio das Defensorias Públicas.

O Brasil estabeleceu em patamar constitucional, conforme o disposto no art. 113, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1934, a garantia de assistência judiciária gratuita. Segundo o referido dispositivo legal, ela deveria ser subsidiada por órgãos do Estado, em favor das pessoas pobres. Todavia, decorridos mais de 70 anos desde que foi criado o primeiro serviço público de assistência judiciária no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, o propósito de assegurar igualdade no acesso ao direito e à justiça ainda se revela uma quimera em nosso país.

As duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, uma proveniente do Estado do Espírito Santo e a outra do Estado de Santa Catarina, que serão objeto de análise no presente trabalho, demonstram que, apesar da previsão constitucional, as Defensorias Públicas em muitos Estados Brasileiros não foram sequer implantadas. Isso significa que o

acesso à justiça, para uma grande parcela da população brasileira, é um direito totalmente inexistente.

O Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 2229/ES declarou a invalidade da Lei n. 6.094, de 20.01.2000 do Estado do Espírito Santo que autorizou o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos, tendo em vista o disposto no art. 37, II e art. 134 da Constituição Federal.

Por outro lado, na ADI n. 4270/SC, o Supremo declarou a inconstitucionalidade de normas do Estado de Santa Catarina, especialmente o artigo 104 da Constituição Estadual e Lei Complementar Estadual nº 155/97, que dispõem sobre a defensoria dativa e a assistência judiciária gratuita. No entanto, neste caso, ao contrário do anterior, o STF decidiu que a referida situação deveria perdurar por mais 12 (doze) meses a contar do julgamento, apesar do voto contrário do Senhor Ministro Marco Aurélio que opinou pela inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc.*

A legitimidade do Poder Judiciário depende da observância do dever constitucional de fundamentação racional das decisões tomadas (Art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988).

Os estudos do sociólogo Pierre Bourdieu acentuam que as relações entre os homens se constituem em relações de poder. Elas reproduzem o sistema objetivo de dominação interiorizado enquanto subjetividade; a sociedade é, dessa forma, apreendida como estratificação de poder. Com as categoriais teóricas de Bourdieu, é possível desvelar essas relações implícitas nas decisões judiciais.

Desse modo, a problemática do presente trabalho envolve a questão de como é possível aplicar as categorias teóricas abordadas por Pierre Bourdieu nos julgamentos da ADI n. 2229/ES e da ADI n. 4270/SC, que adotaram entendimentos distintos em casos semelhantes.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PARA OS NECESSITADOS

Antes o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.

A teoria era de que o acesso à justiça era um direito natural independente de ação do Estado para sua proteção. Como os direitos naturais eram considerados anteriores ao Estado, sua preservação exigia apenas que este não permitisse que eles fossem obstruídos (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

O Estado permanecia passivo no que concerne ao problema do cidadão de reconhecer os seus direitos e defendê-los adequadamente na prática. Assim, a incapacidade que muitas pessoas tinham de utilizar plenamente a justiça e suas instituições não era preocupação do Estado.

A Justiça, no sistema do *laissez-faire,* só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos. Aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte, motivo pelo qual o acesso à justiça era meramente formal, mas não efetivo.

A partir do momento em que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical, vez que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo, levando para trás a visão individualista do direito refletida nas "declarações de direitos" típicas dos séculos dezoito e dezenove (CAPPELLETTI, 1988, p. 10).

Assim, foram garantidos os direitos sociais ao trabalho, à saúde, à educação, que exigiam uma atuação positiva do Estado para assegurá-los. Em virtude disso, não é surpreendente que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* buscaram tutelar os indivíduos em situação vulnerável com direitos substantivos, em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados, e, mesmo, cidadãos.

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e

sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido se ausentes mecanismos para sua efetiva reinvindicação.

Na tentativa de incrementar o acesso à justiça, buscou-se proporcionar serviços jurídicos para os necessitados ou hipossuficientes. Desse modo, o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

Muitas medidas foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Em virtude disso, as barreiras ao acesso à justiça começaram a ceder. Os necessitados estão obtendo assistência judiciaria em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar outros direitos, seja como autores ou como réus. Na maior parte das modernas cidades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos necessários para ajuizar uma causa.

Segundo Mauro Cappelletti, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados, pois se baseavam, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (CAPPELLETTI, 1988, p. 32).

Ocorre que as falhas desses programas foram se tornando cada vez mais evidentes, acarretando mudanças, primeiramente, na Alemanha e na Inglaterra.

Entre os anos 1919-1923, a Alemanha iniciou um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual era extensiva a todos que a pleiteassem. Na Inglaterra, a partir do estatuto de 1949, criando o *Legal Aid and Advice Scheme,* confiado à *Law Society* (associação nacional dos advogados), passou-se a reconhecer a importância de não somente compensar os advogados particulares pelos aconselhamento jurídico, senão ainda pela assistência nos processos, na tentativa de superar os programas anteriores, típicos do *laissez-faire* (CAPPELLETTI, 1988, p. 33). Na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e

Alemanha Ocidental, a maior realização da assistência judiciária foi o apoio ao denominado sistema *judicare.* Tratou-se de um sistema através do qual a assistência judiciária passou a ser estabelecida como um direito para todas as pessoas que atendiam aos requisitos impostos pela lei, sendo que os advogados, ainda que particulares, eram pagos pelo Estado.

Em 1965, o Programa de Serviços Jurídicos do *Office of Economic Opportunity* trouxe um modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos, cujo objetivo é diverso do sistema *judicare.* No referido programa, os serviços jurídicos deveriam ser prestados por "escritórios de vizinhança", atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Ao contrário do sistema *judicare,* ele tinha por característica fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los. Além disso, os escritórios eram pequenos e localizados nas comunidades pobres, de modo a facilitar o contato e minimizar as barreiras de classe (CAPPELLETTI, 1988, p. 40). Esse modelo norte-americano era direcionado aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e criou uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.

Segundo os ensinamentos de Cappelletti, a solução de manter uma equipe de advogados assalariados, se não for combinada com outras soluções, é também limitada em sua utilidade, porque, ao contrário do sistema *judicare* – o qual utiliza a advocacia privada –, ela não pode garantir o auxílio jurídico como um direito. Isso decorre do fato de que não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos (CAPPELLETTI, 1988, p. 43).

Em virtude do reconhecimento de limitações que existem em cada um dos modelos de assistência judiciária, alguns países escolheram combinar os dois principais modelos de assistência jurídica. A Suécia em 1975 e a Província de Quebec no Canadá em 1976 passaram a oferecer a opção entre

a escolha do atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares.

De acordo com Cappelletti, o sistema sueco se inclina mais para o modo de operação do *judicare,* uma vez que os advogados públicos devem manter-se, essencialmente, através dos honorários pagos pelo Estado em benefício dos indivíduos assistidos, enquanto em Quebec os escritórios de advocacia são mantidos diretamente pelo governo, sem que se leve em conta se eles são mais bem sucedidos em comparação com sociedades de advogados particulares.

Mesmo que haja advogados em número suficiente no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar os seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária.

O Brasil estabeleceu em patamar constitucional, conforme o disposto no art. 113, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1934, a garantia de assistência judiciária gratuita. Segundo o referido dispositivo legal, a assistência judiciária gratuita deveria ser subsidiada por órgãos do Estado, em favor das pessoas pobres.

O artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, por sua vez, prevê que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, depreende-se que somente foi exigida a comprovação da insuficiência de recursos, não sendo necessária a comprovação da inexistência absoluta de bens, ou para os que preferirem, a miserabilidade total do requerente. O mesmo caminho foi trilhado pela Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, em seu art. 4º, *in verbis*:

> A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

O artigo 134 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a Defensoria Pública da União é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV.”

O parágrafo primeiro do dispositivo legal acima transcrito prevê que a lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, senão vejamos:

> § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a partir do artigo 97 e seguintes, estabelece as normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados, nos seguintes termos:

> Art. 97. A Defensoria Pública dos Estados organizar-se-á de acordo com as normas gerais estabelecidas nesta Lei Complementar.
> Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
> I – abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
> II – organizar os serviços auxiliares; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
> III – praticar atos próprios de gestão; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
> IV – compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

V – elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VI – praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo da Carreira, e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VII – exercer outras competências decorrentes de sua autonomia. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 97-B. A Defensoria Pública do Estado elaborará sua proposta orçamentária atendendo aos seus princípios, às diretrizes e aos limites defini-dos na lei de diretrizes orçamentárias, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 1º Se a Defensoria Pública do Estado não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do caput. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 2º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados no caput, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fim de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 3º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 4º Os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues, até o dia 20 (vinte) de cada mês, na forma do art. 168 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 5º As decisões da Defensoria Pública do Estado, fundadas em sua autonomia funcional e administrativa, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 6º A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Defensoria Pública do Estado, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido em lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Medidas legislativas importantes foram introduzidas no Brasil nos últimos anos para melhorar o sistema de assistência judiciária.

No entanto, alguns Estados insistem em serem omissos no que concerne à adoção das providências cabíveis para a criação das defensorias públicas estaduais a fim de prestar a assistência judiciária gratuita aos necessitados.

No presente trabalho, serão analisados dois julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal: i) um julgamento em que se discutiu a possibilidade de o Estado realizar contratação temporária de defensores públicos, em caráter emergencial, nos termos da Lei Complementar nº 55, de 26 de dezembro de 1994, do Estado do Espírito Santo; e ii) o acórdão proferido em sede de controle concentrado de inconstitucionalidade que considerou inconstitucionais normas do Estado de Santa Catarina que estabeleciam a prestação jurídica gratuita à população hipossuficiente por meio de advogados dativos indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina.

3 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

No Brasil resta consagrado o entendimento de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade implica, via de regra, na pronúncia de nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo atacado. A decisão, segundo a doutrina, é de natureza declaratória, pois apenas reconhece um estado preexistente (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 187-188)[6].

Em virtude disso, a decisão produz efeitos *ex tunc* bem como efeitos repristinatórios, ou seja, restabelece a legislação anterior revogada

[6]Assinala ainda o autor que no direito português havia previsão constitucional de modulação da eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade e que tal possibilidade também foi proposta no Brasil na Assembleia Constituinte de 1986-88 a fim de autorizar o STF a determinar se a lei declarada inconstitucional em sede abstrata haveria de perder eficácia ex tunc ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação, todavia, a referida proposta foi rejeitada.

pela lei declarada nula. A Lei nº 9.868/99, no § 2º do art. 11, prevê esse efeito restaurador para a medida cautelar, ao dispor que a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, de acordo com o disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99, pode flexibilizar os efeitos temporais em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade. Veja-se:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Além disso, é possível, diante da existência de uma ampla discussão judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo, que se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, com base no juízo de ponderação previsto naquela norma.

Consoante os ensinamentos do doutrinador Luís Roberto Barroso, de acordo com o art. 27 da Lei nº 9.868/99, o Tribunal pode: a) restringir os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus excessivo ou insuportável; b) não atribuir efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir do seu trânsito em julgado; e c) até mesmo fixar apenas para algum momento no futuro o início de produção dos efeitos da decisão, dando à norma uma sobrevida.(BARROSO, 2006, p. 187)

4 A ADI 2229/ES

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2229/ES foi proposta pelo Conselho Federal das Ordem dos Advogados do Brasil contra a íntegra da Lei nº 6.094, de 20 de janeiro de 2000.

A Lei nº 6.094, de 2000, autorizava o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo a realizar contratação temporária de Defensores Públicos, em caráter emergencial, de forma a assegurar o cumprimento da Lei Complementar nº 55, de 26 de dezembro de 1994.

Na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade restou consignado que a contratação temporária de defensores públicos violava o artigo 37, incisos II e IX e o artigo 134 da Constituição Federal, motivo pelo qual foi solicitada, em sede de pedido liminar, a suspensão integral da lei estadual e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal não só concedeu liminar suspendendo a Lei nº 6.094/200 do Estado do Espírito Santo como julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, em 9 de junho de 2004, considerando que "a Defensoria Pública é um órgão permanente que não comporta defensores contratados em caráter precário". De igual forma, o Relator, Ministro Carlos Velloso, concluiu que "a solução é o Estado organizar a Defensoria em termos racionais, tal como recomenda a Constituição, art. 134, promovendo concurso público de provas e títulos – CF, art. 37 – para a admissão dos defensores públicos."

5 A ADI 4270/SC

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4270, proveniente do Estado de Santa Catarina, a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, entidade de classe de âmbito nacional, requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar nº 155/1997.

O objetivo era a declaração de inconstitucionalidade de normas do Estado de Santa Catarina que dispõem sobre a defensoria dativa e a assistência judiciária gratuita, uma vez que o referido Estado não possui defensoria pública e a população hipossuficiente recebe prestação jurídica gratuita por meio de advogados dativos indicados pela seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SC).

No entanto, em que pese o pedido de declaração de inconstitucionalidade, a ANADEP requereu, de acordo com o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que ao ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como da Lei Complementar nº 155/1997, fosse fixado um prazo não superior a um ano para que estas normas permaneçam em vigência, garantindo um lapso temporal razoável para que o Estado de Santa Catarina pudesse se adequar ao texto constitucional.

Como não houve pedido liminar, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas, em julgamento datado de 14 de março de 2012, fixou o prazo de 1 (um) ano para que a decisão que declarou a inconstitucionalidade venha a produzir efeitos, a fim de permitir que o Estado de Santa Catarina possa implantar e estruturar a sua Defensoria Pública.

6 AS CATEGORIAS TEÓRICAS DE PIERRE BOURDIEU

O sociólogo Pierre Bourdieu questiona a teoria pura do Direito[7]. Além disso, as suas reflexões sobre o campo jurídico nos serve para a compreensão do direito e da racionalidade jurídica.

A obra de Bourdieu está calcada no método que ele denominou de construtivismo estruturalista. Por estruturalismo ele quer dizer que existem no próprio mundo social estruturas objetivas independentes da consciência e da vontade dos agentes, que são capazes de orientar ou de limitar suas práticas ou suas representações. O construtivismo significa afirmar que há uma gênese social dos esquemas de percepção, de pensamento e de ação constitutivos do que chamou de habitus, por um lado e, por outro, das

---

[7] Pierre Bourdieu nos ensina que "a reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídica afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma teoria pura do direito não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo de juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independente dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento". (BOURDIEU, 1989, p. 209).

estruturas sociais e, em particular do que chamou de campo (MADEIRA, 2007, p. 20).

Assim, a teoria de Bourdieu se vale de uma tríade conceitual: capitais, campo e habitus, que formam o seu referencial de análise da realidade social.

Segundo Lígia Madeira, Bourdieu empresta a ideia de Marx de capital como relação social que dá poder aos possuidores frente aos despossuídos e a estende a outras formas de riqueza, criando três outros tipos de "capital", além do econômico: cultural, social e simbólico, conforme abaixo transcrito:

> O capital cultural designa uma relação privilegiada com a cultura erudita e a cultura escolar; o capital social, uma rede de relações sociais que acaba estabelecendo relações de pertencimento; e o capital simbólico é formando pelo conjunto de signos e símbolos que permitem ao agente se situar no espaço social. Essa última forma de capital permite aos dominantes imporem seu arbitrário cultural aos dominados, fazendo-os percebê-lo como legítimo (MADEIRA, 2007, p. 21).

O "campo", segundo Bourdieu, é um espaço de conflitos e de concorrência, no qual se luta pelo estabelecimento do monopólio do capital pertinente ao campo.

Acrescente-se ainda o conceito de "habitus", que é o conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado. Ainda que o magistrado busque mostrar a neutralidade para conseguir a legitimidade dos seus pares, o *habitus* influenciará o magistrado ao julgar o caso sob a sua análise.

Por fim, é importante também trazer à baila o que é violência simbólica, expressão recorrente na tentativa de compreensão do campo jurídico, implicando na capacidade de imposição consentida de um arbítrio cultural aos dominados.

7 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES: O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NOS ESTADOS

Toda a decisão judicial é resultante de um processo argumentativo. Segundo Robert Alexy, “os debates diante dos tribunais e as deliberações judiciais estão institucionalizados” (2005, p. 209). Não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que, no contexto de um ordenamento jurídico vigente, possa ser racionalmente fundamentado (ALEXY, 2005, p. 212), de acordo com os precedentes judiciais já adotados em casos análogos.

A neutralidade e a racionalidade no campo jurídico também são questionadas por Pierre Bourdieu, uma vez que ele critica Hans Kelsen com sua teoria pura do direito, porque concebe o direito como um fenômeno inteiramente autônomo e neutro às pressões sociais, tendo caráter universal e a finalidade de disciplinar e regular todos os fatos sociais que tenham relevância para o controle e integração social e a manutenção do sistema político-jurídico.

Pode-se extrair das lições de Bourdieu que o Supremo Tribunal Federal, na análise dos julgados envolvendo a inexistência de Defensoria Pública nos Estados, valeu-se do seu “poder simbólico”. Isso porque não trouxe o verdadeiro motivo para justificar a perpetuação de uma norma inconstitucional pelo período de 12 (doze) meses, adotando entendimento diverso do anteriormente proferido no julgamento realizado em 2004.

O Supremo Tribunal Federal se utilizou de sua autoridade e do poder de dizer a última palavra em matéria constitucional, assim como do reconhecimento e respeito conferidos pelos destinatários desse poder simbólico.

A submissão do magistrado à lei tem sua base no imperativo de segurança jurídica e na repartição de funções dentro do Estado. Assim sendo, a tarefa do juiz não seria, a princípio, a de criar normas, mas somente a de aplicá-las. No entanto, apesar de a tarefa legislativa ser exercida primordialmente pelo Poder Legislativo, não se pode hoje falar em um

monopólio absoluto da atividade legislativa pela assembleia ou parlamento (MENDONÇA, 2007, p. 138).

O magistrado possui um inegável poder de buscar novas soluções para os casos concretos, a partir do enunciado genérico e abstrato dos textos legislativos, assim como da vagueza, ambiguidade das normas jurídicas.

A interpretação, integração e aplicação do direito são tarefas diretamente ligadas à técnica jurídica. No entanto, a atividade do aplicador do direito não se pode restringir à sua dimensão puramente técnica, negligenciando a importância do dado valorativo presente em todo esse processo.

O direito continental, desde a Revolução Francesa, adota a exigência da motivação nas decisões judiciais. Com a supremacia de um fundamento popular para o exercício do poder, em substituição a um poder de origem imaterial, tradicional, torna-se necessário também explicar os motivos e os procedimentos adotados na tomada das decisões pelos órgãos públicos. Essa exigência se manifesta de maneira mais intensa em relação ao Poder Judiciário, que não somente deve explicitar o mecanismo de formação da convicção do juiz e sua base legal, como também deve motivar as suas decisões, através de argumentos aceitáveis socialmente e compreensíveis fora do meio jurídico.

A mera aplicação mecânica do direito positivo pode proporcionar decisões judiciais que apresentam divergências com os valores predominantes naquele auditório. Assim, em termos processuais, a motivação representa o mecanismo retórico de que lança mão o juiz com a finalidade de obter respaldo institucional para sua decisão.

No entanto, não basta uma motivação coerente, é necessária que a mesma seja ao menos passível de compatibilização com os valores dominantes socialmente, para que seja passível de aprovação pelas próprias partes em litígio e da opinião pública em geral (MENDONÇA, 2007, p. 140).

Nos julgamentos envolvendo a inexistência da Defensoria Pública nos Estados do Espírito Santo e nos Estados de Santa Catarina, o Supremo

Tribunal Federal formulou resultados divergentes. Apesar de ter declarado a inconstitucionalidade dos atos normativos editados, no julgamento da ADI nº 4270, proveniente do Estado de Santa Catarina, considerou que a situação instalada deveria permanecer por mais 12 (doze) meses a contar da data do julgamento.

Isso demonstra que do exercício do poder simbólico decorre uma violência simbólica, a qual, por vezes, é desconhecida pelos atores submetidos a ela. Essa violência simbólica consiste na arbitrariedade e pessoalidade veladas e dissimuladas nas práticas dos agentes sociais. O que justifica a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* no caso do Espírito Santo e a declaração com efeito *ex nunc* no caso de Santa Catarina? O mero pedido da Associação Nacional dos Defensores Públicos pode ser considerado como motivação para esses julgamentos antagônicos?

Ora, ainda que a preocupação do Supremo Tribunal Federal seja minimizar os efeitos prejudiciais à população hipossuficiente diante da inexistência de Defensoria Pública no referido Estado, o que se extrai da análise do referido julgamento é que os discursos da neutralidade, da imparcialidade e do desinteresse pessoal em prol do interesse da coletividade visam muitas vezes dissimular a margem de discricionariedade e pessoalidade contidas no exercício do poder simbólico em relação aos seus destinatários.

Voltando para os ministros relatores dos julgamentos, percebe-se que, no primeiro julgamento, foi relator o Ministro Carlos Velloso – ADI 2229/ES enquanto, no segundo, foi o Ministro Joaquim Barbosa – ADI 4270/SC, o que também serve para demonstrar que as decisões dos magistrados estão diretamente ligadas ao *habitus* de classe, família e escola, isto é, ao contexto social no qual o agente jurídico nasceu e cresceu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2229/ES e 4270/SC[8] demonstrou que a regra é a de que a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos no plano normativo, atuando o referido Tribunal como legislador negativo, ao retirar a eficácia e a aplicabilidade da lei.

A racionalidade consiste em proferir julgamentos observando-se os precedentes judiciais. Também pode ser considerada racional uma decisão cuja fundamentação seja ao menos passível de compatibilização com os valores dominantes socialmente, a fim de ser aprovada pelas próprias partes em litígio e pela opinião pública em geral.

Além disso, o princípio da supremacia da Constituição é o fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade. O STF pode até dosar os efeitos retroativos da decisão, valendo-se de um juízo de ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que justificam a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, tais como moralidade, boa-fé, coisa julgada, razoabilidade, dentre outras, o que enseja uma espécie de mitigação à teoria da nulidade.

O acesso à justiça depende de uma assistência judiciária gratuita que só se concretiza por meio da existência de uma Defensoria Pública. É preciso reconhecer que à Defensoria Pública compete a defesa dos interesses jurídicos dos economicamente necessitados, que não podem arcar com o custo econômico de um processo sem sacrifício de seu próprio sustento e do de sua família.

No entanto, conforme restou demonstrado no presente trabalho, o conceito de *habitus* está diretamente envolvido com o de campo jurídico, pois os operadores do direito tendem a reproduzi-lo em suas ações, pensamentos e percepções.

---

[8] É mister ressaltar que o acórdão ainda não foi publicado. Assim, é analisado apenas o fundamento que ensejou a mudança de entendimento do STF no que concerne aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Os julgamentos proferidos têm como relatores os Ministros Celso de Mello, no caso do Estado do Espírito Santo, e Joaquim Barbosa, no que concerne ao Estado de Santa Catarina, e apresentaram resultados antagônicos, motivo pelo qual a crença na neutralidade e racionalidade do campo jurídico não se sustenta, segundo preconiza a doutrina do sociólogo francês Pierre Bourdieu.

O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos acima colacionados, apenas se utilizou do seu poder simbólico, exercendo, por conseguinte, a violência simbólica ao esconder a arbitrariedade para decidir quando estabeleceu o prazo de 1 (um) ano para o início da eficácia da decisão de inconstitucionalidade proferida no julgamento da ADI n. 4270/SC, em detrimento da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc.*

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**. **Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. d. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOURDIEU. Pierre. **O poder simbólico.** Lisboa: Difel, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador, JusPODIVM, 2006.

MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Nikas Luhmann. **Direito & Justiça,** Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho de 2007.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares**. A argumentação nas decisões judiciais**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Defensoria Pública e os processos coletivos: Comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. **Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito** – A Técnica da Análise de Conteúdo. Artigo apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI. 2011.

A OAB, O STF E A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA DE PIERRE BOURDIEU

Rodrigo Chaves de Freitas[9]
DOI 10.11117/9788565604086.03

RESUMO: O artigo traz o julgamento da ADI 3.026/DF pelo Supremo Tribunal Federal analisado sob a teoria de Pierre Bourdieu a respeito da violência simbólica. Trata-se de estudo de caso no qual esteve em pauta a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil. Pretende-se investigar a presença das categorias teóricas desenvolvidas pelo sociólogo francês no contexto do julgado, quais sejam, campo social, poder simbólico, capital simbólico e violência simbólica. A análise é realizada com base em pesquisa bibliográfica e, especialmente, análise documental, destacando o respectivo acórdão. Alcança-se, ao fim, a descoberta de que se efetiva o exercício de violência simbólica quando a corte suprema mascara a verdadeira razão de atribuir à OAB um inédito tipo de personalidade jurídica, apartado dos demais conselhos profissionais.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Ordem dos Advogados do Brasil. Autarquia. Pierre Bourdieu. Violência simbólica.

ABSTRACT: The paper brings the judgment of the ADI 3.026/DF by the Brazilian Supreme Court, which is analyzed under Pierre Bourdieu's theory about symbolic violence. It is a case study, considering legal nature of the Order of Attorneys of Brazil. It intends to investigate the presence of the theoretical concepts developed by the French sociologist in the context of the decision, namely social space, symbolic power, symbolic capital and symbolical violence. The analysis is carried out based on literature and, especially, documentary analysis, highlighting the judgment. It concludes that symbolic violence exists because the Supreme Court doesn't reveal the true

---

[9] Advogado, editor da Revista Jus Navigandi e professor; especialista em Direito Administrativo (IDP); rodrigo@jus.com.br.

reasons for imputing to the Order of Attorneys a totally singular kind of legal status, apart from the other professional boards.

Keywords: Supreme Court. Order of Attorneys of Brazil. State agency. Pierre Bourdieu. Symbolic violence.

INTRODUÇÃO

Em 2006 o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF, de relatoria do Ministro Eros Grau, na qual se discutiu, entre outras questões, a obrigatoriedade de a Ordem dos Advogados do Brasil contratar seus funcionários mediante prévio concurso público.

Tendo em conta que o regime de seleção por concurso só é exigível para cargos ou empregos públicos vinculados à Administração Direta ou Indireta, nos termos da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal se viu compelido a analisar a natureza jurídica da OAB.

Convictos de que a OAB não compõe a estrutura da Administração Direta, restaria saber se, à semelhança dos demais conselhos profissionais, tratava-se de autarquia (descartando-se as demais pessoas que integram a administração indireta: fundação, empresa pública e sociedade de economia mista) ou se se cuidava de uma entidade à parte da organização estatal.

Com o trânsito em julgado certificado em 10.10.2006, a discussão sobre a natureza jurídica da OAB estaria esvaziada se o Supremo Tribunal Federal tivesse esclarecido definitivamente o estatuto jurídico que lhe é aplicável.

Como se demonstra adiante, não foi isso que se ocorreu.

A leitura do inteiro teor desse importante julgamento permite sugerir prováveis omissões sobre pontos relevantes que serviram de fundamento para a afirmação de que a Ordem é ímpar no elenco das personalidades jurídicas.

Diuturnamente tem-se percebido o agigantamento da atuação dessa entidade que, por força da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 133 da Constituição da República, tem se valido do *status sui generis* que lhe foi assegurado, em meio a muitos acertos e possíveis erros.

A manifestação judicial em destaque neste estudo revela o legítimo exercício de um "poder simbólico", expressão utilizada na sociologia de Pierre Bourdieu para designar a autoridade de atribuir significado às coisas, de maneira que elas passem a ser reconhecidas como foram declaradas pelo detentor desse poder. *Grosso modo*, se o Supremo julga que X é Y, não importa o que tenha se passado, X passa a ser Y.

Pierre Bourdieu teceu diversas considerações sobre o direito e a ciência jurídica, buscando alertar seus estudiosos para a necessidade de olhar para além das suas estruturas internas, alertando-os para a circunstância de que o sistema de normas jurídicas, inclusive os atos de jurisprudência, é resultado de disputas de poder.

Quando exercem o poder simbólico, os atores que concorrem pelo direito de dizer o Direito, às vezes, ocultam as verdadeiras razões para terem formulado a visão de mundo que desejam consagrar.

O juiz que, no dever de fundamentar suas decisões, constrói um discurso que dissimula sua motivação real e, mesmo assim, logra a legitimação necessária para que seus enunciados sejam reconhecidos como jurídicos e, portanto, obedecidos, está a exercer o que Pierre Bourdieu denominou violência simbólica.

A proposta do presente estudo é compreender se o julgado paradigma é resultado do exercício de violência simbólica.

2 CATEGORIAS TEÓRICAS DE BOURDIEU EM A FORÇA DO DIREITO: CAMPO SOCIAL, PODER SIMBÓLICO, CAPITAL SIMBÓLICO E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

As reflexões do sociólogo Pierre Bourdieu para a ciência jurídica são marcadas pela permanente crítica a uma teoria (que se diz) pura do Direito.

O esforço dos juristas para elaborar um corpo de doutrinas e normas autorreferentes, que se fundamentam em si mesmas, decorre da compreensão equivocada da história do direito como a história do desenvolvimento interno dos seus institutos, de forma autônoma e fechada (BOURDIEU, 2007, p. 209).

Para ele não se justifica que o Direito seja pensado como produto de si mesmo, apartado dos demais eventos sociais, sequer para fins de estudo, pois a aparência de lógica e de neutralidade do Direito não se sustenta diante dos constantes constrangimentos sociais aos quais está submetido.

A filosofia, a sociologia, a psicologia, por exemplo, contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica, aproximando-a e atualizando-a em relação ao contexto no qual se insere.

Este artigo pretende desenvolver o que Pierre Bourdieu chama de “teoria científica”. Trata-se de utilizar um arcabouço teórico para compreender a lógica do funcionamento de determinado espaço social (campus). O método não se presta ao debate abstrato de ideias – como o faz a “teoria teórica” –, mas à aplicação prática. Está aberto à apreensão de novos objetos de estudo, mediante trabalho empírico (BOURDIEU, 2007, p. 59).

Em atenção à proposta do autor de usar os elementos de sua teoria para efetivamente compreender fenômenos, este trabalho não terá sido útil se se limitar a dar novos nomes a coisas conhecidas. Imbuído do espírito segundo o qual a sociologia é a ciência do oculto, que busca revelar o verdadeiro sentido das relações e estruturas sociais (PINHEIRO, 2012), nas linhas seguintes, intenta-se evidenciar o que ainda estaria encoberto se não fossem usadas as lentes dos conceitos articulados: a possível violência simbólica contida na manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da natureza jurídica da OAB.

O caso é apresentado adiante. Antes, todavia, cumpre esclarecer algumas categorias teóricas trabalhadas por Bourdieu, tomadas aqui como suporte para explorar o papel dos atores envolvidos. São elas: campo, capital, poder simbólico e, naturalmente, violência simbólica.

2.1 CAMPO SOCIAL

Para Pierre Bourdieu, o campo é um espaço social constituído por uma ortodoxia que inclui valores, princípios e regras próprias.

O poder de ditar esses elementos advém de uma hierarquia pela qual disputam vários agentes. Tal disputa é travada dentro do campo ao qual pertencem e também fora, já que os participantes de um campo social concorrem com os de outros campos para imposição de sua ideologia e autoridade.

Para visualizar, imaginem-se as possíveis relações firmadas entre os campos econômico, cultural, político, jurídico e religioso, por exemplo, todos compostos por profissionais em atividades específicas. Eles não apenas travam relações de dominação entre seus pares, mas, acima de tudo, procuram incutir sua visão de mundo nos demais campos.

O campo jurídico, especificamente, "é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito". Nele se defrontam agentes com competência para interpretar normas, de forma mais ou menos livre ou autorizada (BOURDIEU, 2007, p. 212).

Embora se tenha evocado desde a introdução a interdependência do campo jurídico com outros, Pierre Bourdieu atribuiu um sentido próprio ao termo autonomia, para qualificar os diversos campos. Não se trata de isolamento real dos influxos externos, mas o resultado da busca pelo fechamento em torno dos elementos (valores, princípios e regras) próprios de cada espaço social. Esse resultado acaba encerrando a ilusão de que a dinâmica do campo independe da dos demais (1992, p. 89).

Um campo é mais ou menos autônomo segundo sua capacidade de ocultar – sem eliminar – as influências que sofre de elementos heterodoxos (de outros campos). É o que ocorre no campo jurídico quando seus atores assimilam e traduzem os fenômenos sociais numa retórica própria.

Os atores do campo jurídico aprimoram continuamente uma racionalidade típica que os aparta dos não participantes desse campo. Mais

que um traço de linguagem, esses atorem valem-se dessa suposta racionalidade e buscam, a um só tempo, convencer a si mesmos e convencer os demais sobre sua aparente isenção. Nesse contexto, as “intuições ingênuas da equidade” não alcançariam os “veredictos armados do direito”, fazendo com que o sistema das normas jurídicas pareça, aos olhos de todos, absolutamente independente das forças que sanciona e consagra (BOURDIEU, 2007, p. 212).

Todos os campos atuam, basicamente, à luz da mesma ideia de isolamento, superioridade e indispensabilidade. Entretanto, parece inútil declarar que o fundamento *a priori* de um sistema de normas (*corpus*) está na coerência ou na equidade de seus princípios, para obedecer à lógica e à ética.

Tanto pode ser visto em relação aos sindicatos, bem lembrados por Pierre Bourdieu, cujo regime jurídico lhes é mais favorável conforme conquistam poder e prestígio entre os trabalhadores e os órgãos estatais (2007, p. 213).

O *corpus* jurídico, ao consolidar as conquistas, converte-as em saber adquirido e reconhecido, contribuindo para sua eficácia simbólica (BOURDIEU, 2007, p. 213). Uma das manifestações dessa conversão está no uso de fórmulas que propõem a neutralidade do enunciador. Os textos jurídicos não costumam exprimir normas, mas atestações (p. 216): é livre a manifestação do pensamento; a vida privada da pessoa natural é inviolável; o resultado somente é imputável a quem lhe deu causa; fica criado o órgão tal. O mesmo pode ser constatado nas fundamentações das decisões judiciais, nunca tidas como produto da visão de mundo do juiz, mas declaradas como a verdadeira vontade da lei ou do legislador (p. 225).

O campo judicial está contido no campo jurídico e condensa toda sua ambiguidade. Sua eficácia é devida ao fato de comungar, ao mesmo tempo, da lógica do campo político (caracterizado pela oposição entre aliados e inimigos) e do campo científico (voltado para o contraste entre verdadeiro e falso) (BOURDIEU, 2007, p. 228-229).

Clèmerson Clève diz que o direito, "do mesmo modo que mantém a coesão do estado social, fragmenta-o, instaurando o reino dos sujeitos individualizados de direito e permitindo (ocultando ou facultando) a emergência da república das disciplinas". Daí o duplo sentido que as relações de poder assumem perante o direito: "ao mesmo tempo em que o direito oculta o conflito e o desestimula, é atravessado por ele" (2001, p. 159).

2.2 PODER SIMBÓLICO

O poder simbólico é o poder de transformar o mundo por meio de palavras, de constituir o dado (uma realidade) pela enunciação. Essa transformação, entretanto, é assimilada como revelação do que já existia (BOURDIEU, 2007, p. 14-15).

É o que ocorre com um grupo social (classe, religião, nação), que passa a existir, efetivamente, quando isto é declarado, quando ele é distinguido dos demais. Esse tipo de realidade social depende de quem possa dizer que se trata disso e não daquilo (BOURDIEU, 2004, p. 167-168).

No exercício do poder simbólico, o Poder Judiciário resolve os conflitos surgidos entre pessoas e entre coisas declarando o que elas são. Esses atos de nomeação ou de instituição diferem do discurso do particular, que só a ele compromete e não possui qualquer eficácia simbólica. Já quanto à jurisdição, é impossível recusar ou ignorar a visão que ela impõe sobre dada realidade (BOURDIEU, 2007, p. 237).

A efetividade do poder simbólico exige que seus destinatários reconheçam o seu detentor como autoridade nas declarações que emite. Esse poder será mais forte quanto mais desconhecida for a arbitrariedade praticada. Em geral, esse resultado é alcançado quando o enunciador é convincente ao mostrar que age em prol do bem coletivo.

2.3 CAPITAL SIMBÓLICO

Há vários detentores de capital jurídico, cada um com seu interesse e visão de mundo. E é exatamente o antagonismo existente entre eles que viabiliza a sutil divisão do trabalho de dominação simbólica, na qual “os adversários, objetivamente cúmplices, se servem uns aos outros” (BOURDIEU, 2007, p. 219).

Entre os que concorrem pelo direito de dizer o Direito, percebe-se a complementaridade entre as duas faces da mesma moeda. De um lado atuam os teóricos que se esforçam em apresentar um sistema autossuficiente e livre de lacunas. Do outro estão os profissionais ocupados com as aplicações concretas, ajustadas à realidade.

A atuação isolada dos teóricos fecharia o direito numa rigidez racional. Mas sem eles, os operadores do direito estariam entregues às contradições, complexidade e indomabilidade da jurisprudência. Daí a importância de os práticos introduzirem mudanças essenciais à renovação do sistema e de os doutrinadores assimilarem formalmente o corpo de normas, conferindo-lhes alguma coerência e constância (BOURDIEU, 2007, p. 221).

A necessidade de o juiz, no exercício de um poder-dever, justificar a aplicação da norma ao caso concreto (art. 93, IX da Constituição; 458, II, do Código de Processo Civil; 381, III do Código de Processo Penal, etc.), evidencia quão fantasiosa é a procura por uma metodologia jurídica perfeitamente racional. Descobrir a posição do juiz na distribuição do capital jurídico é, em última análise, atribuir à sua função um quê de arbitrariedade, de invenção (BOURDIEU, 2007, p. 222-223), elemento típico da atuação jurisdicional.

Os rituais, as indumentárias e as prerrogativas da Justiça e de seus agentes (advogados, membros do Ministério Público e outros) são também exemplos de capital jurídico, que têm sua eficácia condicionada ao reconhecimento dos destinatários dos significados atribuídos a esses símbolos de poder (BOURDIEU, 2007, p. 15).

2.4 VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

O detentor de poder simbólico que o exerce com arbitrariedade, sem assumi-la, pratica a violência simbólica.

A interpretação e a aplicação do direito ao caso concreto são atividades nas quais esse fenômeno pode ser detectado. Para isso, é preciso investigar se, por trás da retórica da neutralidade, da subsunção pura da norma ao fato e da independência, há uma tentativa de esconder um universo de pessoalidade e subjetivismo.

A jurisdição constitucional, como parte do campo jurídico, é um "universo social relativamente independente das pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado" (BOURDIEU, 2007, p. 211).

A independência relativa de que se vale autoridade judicial é construída com a participação dos demais atores do campo jurídico, não se perdendo de vista que o direito contemporâneo é "um espaço de mediação e de luta entre forças antagônicas e conflituosas" (CLÈVE, 2001, p. 162).

Mesmo os movimentos sociais mais subalternos engendram suas lutas mediante articulação teórica, que confere a "dignidade política do direito" ou "dignidade teórica do saber jurídico" (CLÈVE, 2001, p. 162-163).

Portanto, a violência simbólica não necessariamente se exerce com exclusividade por determinado ator. No campo judicial, de que se está a tratar, as partes em conflito se valem de advogados para promover – como se diz – a melhor interpretação o direito, mas, naturalmente, o fazem segundo seus estritos interesses.

Nas linhas que se seguem, o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da OAB é destrinchado para que, na sequência, seus fundamentos sejam confrontados com as categorias teóricas acima descritas. Como dito, o propósito é revelar a possível violência simbólica presente no caso.

3 A ADI 3.026/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, atendendo a manifestação apresentada pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, objetivando:

a) a declaração de inconstitucionalidade da parte final do § 1º do art. 79 da Lei n. 8.906/1994 por pretensa contrariedade ao princípio da moralidade insculpido no caput do art. 37 da Constituição da República e

b) a interpretação do art. 79 da Lei n. 8.906/1994 conforme o art. 37, inc. II, da Constituição da República para reconhecer que, apesar de submetidos ao regime trabalhista, os cargos da Ordem dos Advogados do Brasil devem ser providos mediante concurso público.

Partindo da premissa de que a natureza jurídica da OAB é a de autarquia (criada pelo Decreto n. 19.408/1930, com força de lei), o Procurador-Geral da República concluiu que ela estaria sujeita aos princípios da Administração Pública. Tanto evidenciaria a imoralidade do pagamento de indenização aos optantes do regime celetista (inconstitucionalidade da parte final do § 1º do art. 79 da Lei n. 8.906/1994, por inobservância ao art. 37, *caput*, da Constituição da República) e a necessidade de concurso público para o provimento de seus cargos (interpretação conforme o art. 37, inc. II, da Constituição da República).

A Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação quanto à inconstitucionalidade e pela impossibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição.

O art. 79 da Lei n. 8.906/1994 dispõe:

> Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.
> § 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração.

Em 8.6.2006, ao julgar improcedente a Ação direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF, Relator o Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de a OAB ser classificada como autarquia, sequer especial.

Foi nessa assentada que os Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmaram a insubordinação da OAB aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta e concluíram que, por não estar sujeita ao controle da Administração e não manter qualquer relação de dependência com órgãos públicos, não necessitaria realizar concurso público para admissão de seus funcionários (contratados sob o regime trabalhista).

Ao destacar que a OAB exerce função constitucionalmente privilegiada, na medida em que as atividades dos advogados são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da Constituição da República), os Ministros se limitaram a garantir a esse ‘serviço público’ maior independência, categorizando-a como titular de personalidade jurídica ímpar no direito brasileiro.

Para afastar a alegação de inconstitucionalidade da determinação legal ora impugnada, acabou-se por reconhecer a incompatibilidade entre o regime estatutário dos ‘empregados da OAB’ e a extensão da autonomia e independência inerentes às suas atribuições institucionais (art. 44, inc. I, da Lei n. 8.906/1994), a evidenciar a impossibilidade de ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional, cujas finalidades são eminentemente corporativas.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da parte final do § 1º do art. 79 da Lei 8.906/1994 e convalidou a possibilidade de os “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista, esclarecendo que a indenização devida aos optantes pelo regime celetista será paga à época da aposentadoria.

4 O JULGAMENTO DA ADI 3.026 E A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Conforme registrado, no capítulo “A força do direito” da obra “O poder simbólico”, Bourdieu esquadrinha o campo jurídico. No caso judicial estudado, têm-se como atores participantes o Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República e a Ordem dos Advogados do Brasil. Não custa relembrar que há, entre eles, uma concorrência pelo exercício do poder simbólico, cada um com seu capital.

O capital jurídico usufruído por cada um desses agentes advém, antes de qualquer outro, do seu estatuto fixado pela Constituição da República. Ali se encontram a posição do STF no cume do Poder Judiciário – o que confere aos seus julgados a característica de não poderem ser revistos por qualquer outro órgão – e o papel da PGR e da OAB como instituições essenciais à Justiça, tomando parte na dinâmica da jurisdição constitucional, no ofício perante instâncias de controle, no processo de seleção de integrantes de carreiras de Estado, entre outras atribuições/poderes.

Relatou-se acima que a petição inicial da ação traz como ponto de partida o enquadramento da OAB como autarquia, considerando legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes.

O Decreto-lei n. 200 conceitua autarquia como sendo “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Hely Lopes Meirelles comenta que, embora identificada com o Estado, a autarquia não é entidade estatal, é simples desmembramento administrativo do Poder Público (2000, p. 309).

A OAB é serviço criado por lei (Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, art. 17: “Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pêlos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo”).

Seu regulamento também é definido mediante processo legislativo (Lei 8.906, de que trata a ADI). Possui indiscutível personalidade jurídica própria, é capaz de se autoadministrar e atua no exercício de atividade pública e específica do Estado, já que seu estatuto (art. 44) diz que suas finalidades são:

> I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;
> II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Além disso, a entidade possui prerrogativas inerentes à condição de pessoa jurídica de direito público, tais como: imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços (art. 45, § 5º da mesma lei); exercício do poder de polícia administrativa da profissão; custeio mediante contribuição compulsória cobrada dos advogados, cujo pagamento é condição para o exercício profissional, bem como repasse de verbas públicas (a exemplo do disposto na Lei 6.811/1980 e contrariamente ao que comentou o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2006, p. 572).

A Ordem dos Advogados não é única a ostentar tais atributos. Eles fazem parte de todo o conjunto de conselho de classe.

O fato de possuírem tamanhas responsabilidades, todas de interesse social, é justamente o que atrai o regime jurídico de direito público para esse tipo de entidade.

É bem verdade que lhes remanesce algum caráter associativo, de direito privado, quando, por exemplo, agem na defesa dos interesses estritos dos trabalhadores que lhes são vinculados. Mas sua missão institucional é o que prevalece enquanto fiscalizadoras do bom exercício profissional, funcionando como guardiãs da própria sociedade.

Não há qualquer dúvida em relação à natureza autárquica dos conselhos profissionais. O Supremo já assentou esse entendimento em diversos momentos. Estão tão vinculados ao regime jurídico de direito público

que devem prestar contas de suas finanças ao Tribunal de Contas da União, já que possui caráter tributário a contribuição compulsória de seus associados (art. 149 da Constituição).

O art. 58 da Lei 9.649/98, que conferia natureza jurídica de direito privado as entidades de fiscalização de profissões, permitindo a contratação direta de pessoal, foi declarado inconstitucional no julgamento da ADI n. 1.717/DF. Na oportunidade, ficou consignada a "indelegabilidade a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas". Mencionem-se ainda, sobre a matéria, os mandados de segurança 21.797/RJ e 28.249/DF.

Por todas as características mencionadas, é incontestável o forte respaldo da PGR para, a partir da qualificação da OAB como autarquia – e, portanto, integrante da administração indireta – exigir-lhe o regime jurídico daí decorrente.

Contudo, o Tribunal decidiu: não é autarquia.

De acordo com o Código Civil, enquanto pessoa jurídica, sua natureza deveria encaixar-se numa das opções abaixo coladas e, diga-se, nunca antes questionadas:

> TÍTULO II
> DAS PESSOAS JURÍDICAS
> CAPÍTULO I
> DISPOSIÇÕES GERAIS
> Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.
> Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
> I - a União;
> II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
> III - os Municípios;
> IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
> V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
> [...]
> Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.
> [...]
> Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
> I - as associações;

> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas;
> V - os partidos políticos.
> VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Descartando todos os tipos legais, ficou registrado que “a Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro” (BRASIL, 2006, p. 478).

Na linha dos estudos apresentados por Pierre Bourdieu, o exercício do poder simbólico pelo Poder Judiciário deveria voltar-se para a solução de conflitos surgidos entre pessoas e bens anunciando o que elas são. Ou, no mínimo, como as relações que tangenciam as normas jurídicas devem ser compreendidas e conduzidas, com vistas à paz social.

No caso vertente, ao contrário do que se poderia esperar legitimamente (como em todo julgamento), o Supremo Tribunal Federal deixou de dizer para julgar. Julgou sem dizer por quê.

A natureza da OAB, com o ocorrido em 2006, não se tornou compreensível; persistiu ainda mais tormentosa.

É impossível neste trabalho por uma pá de cal no debate sem promover um desarranjo institucional. O que se afirmou no julgamento reforçou a blindagem que resulta dos esforços de interlocutores ao longo de décadas. Apesar disso, subsiste a observação de que o Supremo Tribunal Federal participa recorrentemente dessa construção com julgados pouco claros e objetivos.

Os casos citados logo acima são exemplos não raros em que a jurisprudência assentada em determinada matéria é superada sem que se faça qualquer ponderação a esse respeito nos votos orais ou escritos dos ministros, sejam eles proferidos nas Turmas ou no Plenário.

O que se vê aí, em maior ou menor escala, é resultado de violência simbólica que, de tão comum, parece ter sido incorporada à interpretação que se dá às normas jurídicas (especialmente as regimentais).

A circunstância de, como destacado pelo Ministro Ayres Britto, a Constituição da República de 1988 “fala[r] três vezes em Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 93, 129, § 3º, e 132); fala[r] cinco vezes de Conselho Federal da OAB (arts.103, 103-B, 130-A, § 4º); [e] em advogado, quatorze vezes” constitui razão suficiente para a categorização da OAB como “serviço público independente”?

Ao que tudo indica, não.

A leitura das 120 laudas que compõem o inteiro teor do julgamento da ADI 3.026 não permite compreender qual foi o fundamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para superar a premissa central trazida pela Procuradoria-Geral da República, autora da ação. Para afirmar que a OAB não é uma autarquia, respeitando lições básicas da hermenêutica constitucional, convinha explicar os porquês. Ao contrário disso, não se tem nesse julgado a definição do que é autarquia, tudo a evidenciar que esse conceito não é tão óbvio quanto se poderia desejar (imaginar). Estar-se-ia diante de nova técnica de julgamento?

Na tentativa de encurtar o abismo existente entre os fundamentos que foram apresentados e aqueloutros que poderiam ter sido debatidos (mas não o foram porque não passaram no crivo da conveniência), exigência do princípio da integralidade da prestação jurisdicional, cumpre destacar, pelo menos, algumas consequências deste julgamento.

Cumpre assentar de plano que a circunstância de a causa de pedir em ação de controle concentrado de constitucionalidade ser aberta [1] não mitiga o dever de fundamentação apregoado no inc. IX do art. 93 da Constituição da República.

A dificuldade de se mensurar a medida de desvinculação entre o que a parte apresenta como premissa de seu pedido e a fundamentação do julgado adotada pelo Supremo Tribunal Federal é questão frequente nas sessões de julgamento. Não são raros apartes dos ministros que, insinuando a obviedade da questão posta, acabam por banalizar o enfrentamento delas. Em que pese a assentada jurisprudência afirmar a desnecessidade de se responder todos

os argumentos trazidos pela parte, pelo menos o ponto central deve ser respondido.

Eis aqui uma das facetas do exercício da violência simbólica. De se perguntar, todavia, quais são as vítimas dessa violência.

Ao não dizer o que é autarquia e ainda assim afastar peremptoriamente a possibilidade de categorizar a OAB como uma delas, tal como se tem concluído em relação aos demais conselhos profissionais [2], o Supremo Tribunal Federal valeu-se da prerrogativa de, simplesmente, dizer por último.

O Ministro Eros Grau, relator, por exemplo, preferiu comparar a OAB não com outras entidades corporativas, mas com os partidos políticos, para concluir que “por medida de coerência, se entendêssemos que uma entidade que não participa da administração deve ficar sujeita a concurso público, teríamos de impor essa exigência [...] ao PT, ao PMDB, ao PSDB e assim por diante” (BRASIL, 2006, p. 520).

Já que todos os demais conselhos profissionais são autarquias e se sujeitam à regra do concurso público, é absolutamente imprescindível examinar qual a medida da distinção da OAB que a exclui desse contexto.

O traço da OAB que a diferencia dos demais conselhos de classe diz respeito a compromissos institucionais mais alargados, que extrapolam a atividade profissional. São as finalidades do inciso I do art. 44 do seu estatuto que tratam da defesa da ordem jurídica como um todo, dos direitos humanos e até do aperfeiçoamento de outras instituições jurídicas.

Em muitos trechos do acórdão, ressaltam-se a autonomia e a independência da OAB para adjetivá-la como entidade ímpar. Mas esses predicados não lhe são exclusivos, pois dizem respeito à autoadministração, à capacidade de dispor sobre sua organização interna, procedimentos, escolha dos dirigentes, impossibilidade de revisão das suas decisões por outro órgão administrativo (DI PIETRO, 2005, p. 194). Enfim, trata-se de uma série de preceitos igualmente aplicáveis aos demais conselhos.

O Ministro Cezar Peluso, no início de seu voto, critica uma “tendência óbvia na ciência do Direito de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fossem escaninhos postos pela ciência, onde um fenômeno deva ser enquadrado forçosamente” (BRASIL, 2006, p. 528).

Ocorre que, desde sempre, os administrativistas reconhecem a abertura para variações no grau de autonomia das autarquias. E isso deriva fatalmente do fato de cada uma delas ser criada por lei específica, que dita em qual medida será adotado o regime jurídico de direito público e da desvinculação ao governo.

Está claro, portanto, que não existe um modelo único e predeterminado de organização e definição das competências das autarquias (JUSTEN FILHO, 2010, p. 205). O regramento legal, no entanto, não é apto a permitir escusa ao mandamento constitucional do concurso público.

A submissão da OAB à regra do concurso público para seleção de pessoal em nada arranharia suas preciosas autonomia e independência, pois assim não ocorre em relação ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou aos demais conselhos profissionais. Mas não foi isso o que seu presidente anunciou em livreto editado para glorificar o resultado da ADI. Ali anunciou que o que estava em pauta era a estatização da entidade, “algo que nem a ditadura militar, em seus piores momentos, logrou cogitar”, aduzindo que a procedência da ação “simplesmente liquidaria a essência libertária da Ordem” e que o resultado foi “acima de tudo, uma vitória da liberdade, do Estado Democrático de Direito – da cidadania” (TIMM, p. 8).

Apesar de toda a resistência à imposição da regra constitucional, a OAB vem abraçando a prática de selecionar funcionários mediante seleção pública. Veja-se o que noticia o site da seccional do Distrito Federal em 19 de abril de 2012:

> A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Distrito Federal adotou processo seletivo visando à contratação de advogados para seu quadro de pessoal.
> [...]

> Com esse concurso, a Diretoria da Seccional pretende implementar a Advocacia Geral da OAB e prestar um serviço de maior qualidade à advocacia brasiliense.
> Para o presidente da OAB/DF, Francisco Caputo, a iniciativa tem o propósito de tornar o processo de contratação mais justo e qualitativo. "Trata-se de uma forma mais democrática de contratação, prestigiando a qualificação pessoal e consagrando a impessoalidade da administração". Esse processo é utilizado pela maioria das entidades de classe mais expressivas do país. A medida, no seu entender, é também mais um passo importante desta gestão para valorizar o quadro de profissionais da Ordem (OAB/DF, 2012, *on-line*).

Segundo o raciocínio de José dos Santos Carvalho Filho, o julgamento constituiu discriminação em relação aos demais conselhos profissionais, já que o objetivo nuclear de todos é o mesmo. Prestando serviço público indelegável, como reconhecido pelo Tribunal, e exercendo poderes especiais de Estado, como o poder de polícia, "não se compreende qual a sua real posição no sistema de governo, sem que esteja integrada na administração descentralizada". Comenta ainda que "causa espécie que não se submeta ao controle do Tribunal de Contas", considerando que as contribuições pagas pelos profissionais licenciados caracterizam-se como dinheiros públicos (2007, p. 411-412).

Sobre a dispensa de concurso para recrutamento de pessoal, entende o autor pela ofensa aos princípios da moralidade administrativa e da igualdade de oportunidades. Finaliza externando que "talvez valesse a pena pesquisar a opinião e o sentimento de todos os advogados [...], pois é provável que percebam que há algo de esdrúxulo no regime ora dispensado a essa autarquia tão relevante, reconhecida e democrática" (CARVALHO FILHO, 2007, p. 412).

A conclusão a que se chega, haja vista o raciocínio empreendido, é que foram escamoteados os verdadeiros motivos da decisão tomada pelo tribunal. A seguir, a tentativa de desvendá-los.

5 O CAPITAL DA OAB

De se esclarecer, uma vez mais, que não se questiona neste breve estudo a importância da atuação da OAB no processo de democratização brasileiro. Resultado da crescente conscientização da titularidade de direitos, não mais tidos como meros favores oferecidos pelo Estado, o que se tem visto é uma busca vertiginosa de auxílio junto aos advogados por parte das diversas camadas sociais. O papel desempenhado por eles é ainda mais enaltecido pela complexidade das causas em que se envolvem e pela conduta dos agentes públicos que resistem à pronta observância das normas assecuratórias de direitos.

Nessa medida tem crescido também a convicção dos advogados no sentido de que a representatividade do conselho ao qual pertencem consolida as prerrogativas que lhes foram asseguradas pela Constituição e reconhecidas pela sociedade. Por esta razão, os advogados têm apresentado à OAB suas expectativas que, em resposta aos seus membros, vêm atuando com vistas a assegurar maior participação deles e da sociedade civil nos órgãos de poder, a exemplo do que se deu no projeto da Lei da Ficha Limpa.

Algumas possibilidades se abrem quando o interlocutor (os destinatários da decisão) dispõe-se a conjecturar o que teria levado o Supremo Tribunal Federal a decidir como decidiu.

A considerar que os advogados compõem a estreita fatia social que, ao lado dos ministros, dominam o linguajar próprio dos ambientes jurídicos (elemento essencial do poder simbólico exercido por todos eles nas diferentes esferas em que atuam), dúvidas não remanescem que esse julgamento fortaleceu a OAB.

De passagem, diga-se que é para as bancas da advocacia que costuma se encaminhar boa parte dos juízes, o que está facilitado pelo provimento n. 143/2011 do Conselho Federal da OAB, segundo o qual “ficam dispensados do Exame de Ordem os postulantes oriundos da Magistratura e do Ministério Público”.

Ao enfatizar a autonomia e a independência da OAB, os agentes políticos responsáveis pela guarda da Constituição da República reconheceram que os agentes responsáveis pela apresentação das demandas (dada a impossibilidade de atuação de ofício do Poder Judiciário) e pela fiscalização da execução das decisões, inclusive, judiciais, ocupam lugar destacado na ordem social brasileira.

A análise, ainda que superficial, da interação entre esses atores sociais no campus social evidencia que a incessante busca por legitimação reflete diretamente nas mútuas concessões experimentadas por esses atores sociais, não raro em detrimento da sociedade globalmente considerada, vítima, portanto, da violência simbólica. Essas concessões, como destaca Pierre Bourdieu, decorrem de uma estrutura ditada pelas relações objetivas firmadas entre os agentes “que determina o que eles podem e não podem fazer. Ou, mais precisamente, é a posição que eles ocupam nessa estrutura que determina ou orienta, pelo menos negativamente, suas tomadas de posição” (BOURDIEU, 2004b, p. 23).

Certo é que o poder simbólico da OAB só cresceu nos últimos anos.

Não bastasse, como conselho profissional, ser detentora de legitimidade para controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, da CR/88), a OAB é dispensada de comprovar a pertinência temática nas ações em que atua, o que não ocorre em relação às demais entidades de classe [3].

Além da presença regimentalmente garantida em todas as solenidades do Supremo Tribunal Federal (art. 3º, inc. IX, da Resolução STF n. 263/2003), a OAB tem se envolvido em convênios com o Conselho Nacional de Justiça, com a Defensoria Pública e com Tribunais.

Em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal, tem-se que das quase mil ações diretas de inconstitucionalidade protocolizadas no Tribunal desde o julgamento da ação em comento (junho de 2006), a OAB ajuizou até o momento 80 delas.

Em todos os julgamentos relevantes ocorridos desde então, a OAB esteve presente, defendendo seu posicionamento.

Nas audiências públicas não tem sido diferente, conforme registrado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285 (Ações Afirmativas de acesso ao ensino superior); nas Suspensões de Liminar nos Agravos Regimentais 47 e 64; Suspensões de Tutela Antecipada 36, 185, 211 e 278 e Suspensões de Segurança 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355 (Saúde); e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.103 (Lei Seca).

Em que pese o prazo determinado em lei, as sustentações da tribuna têm servido sobremaneira para esclarecer pontos supostamente relevantes para os julgamentos, especialmente no que diz respeito aos efeitos decorrentes de declaração de inconstitucionalidade. Pedidos que antes exigiam formulação prévia e por escrito pelos advogados das partes [4] têm sido feitos oralmente, inclusive em sessão seguinte à conclusão do respectivo julgamento, a exemplo do que se deu em relação à ADI 4.029.

A importância que tem sido atribuída à OAB pode ser destacada também em recentes julgados do STF. A atuação da OAB no Estado de Santa Catarina chama a atenção. Em 14.3.2012, o STF, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição daquele Estado e da Lei Complementar Estadual 155/97 (ADIs 3.892 e 4.270) ao fundamento de que a população hipossuficiente do Estado de Santa Catarina não poderia ficar desassistida, razão pela qual continuarão “recebe[ndo] prestação jurídica gratuita por meio de advogados dativos indicados pela seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SC)”. Somado o prazo de 1 ano fixado nesse julgamento aos 23 anos e alguns meses da vigência da Constituição da República, serão aproximadamente 24 anos de descumprimento da norma contida em seu art. 134 (Informativo STF mensal n. 658).

Tendo por base o julgamento da ADI aqui estudada, a Justiça Federal de São Paulo decidiu que a anuidade da seccional paga pelos advogados não precisa obedecer ao limite de quinhentos reais imposto aos conselhos de fiscalização profissional pela Lei 12.514/2011. O teor do julgado está disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/justica-federal-fadesp. pdf>.

Se por um lado parece indiscutível que “a OAB, ainda que não esteja diretamente submetida a vínculo funcional ou hierárquico quanto aos órgãos da Administração Pública (Lei no 8.906/1994, art. 44, § 1º), é responsável por atividades de inegável relevância pública”, como destacado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto vista do julgamento em análise, por outro é possível imaginar que o tratamento diferenciado dispensado à OAB estaria a serviço da manutenção das estruturas hierárquicas pré-estabelecidas.

Não é sem propósito que a baliza central de avaliação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Anuário da Justiça é a forma pela qual atendem aos advogados, recebendo notas que variam entre o ‘bem’, o ‘regular’ e o ‘mal’ (CONJUR, 2011).

Desvincular a OAB de quaisquer estruturas da Administração Pública Indireta não seria uma maneira jurídica (decorrente do exercício de sua função precípua – a de julgar e, nesse caso, por último, repete-se) de o próprio Supremo Tribunal Federal assegurar a legitimidade de sua atuação? Não seria essa mais uma tentativa de amarrar o sistema judicial às estruturas construídas a partir do exercício do poder simbólico?

A medida da convicção que sobrou para afirmar que a OAB não é autarquia faltou no momento de esclarecer o porquê. Mesmo não sendo autarquia nos moldes supostamente ‘bem conhecidos’ no ordenamento jurídico, ela não poderia se vincular às exigências decorrentes dos princípios constitucionais da administração pública?

Ao defender a desnecessidade de o Supremo Tribunal Federal se “aferrar [...] às formas jurídicas existentes [porque], no caso, [...] seria muito fácil perfilhar a tese do caráter autárquico e, a partir daí, assumir todas as conseqüências desse modelo”, o Ministro Gilmar Mendes pretendeu lançar nova perspectiva de análise da questão posta em debate.

Interessante notar que, a despeito de ter sido constatado pelos Ministros Cezar Peluso e Ayres Britto que a OAB ora se rege por normas de Direito Público, ora se rege por normas de Direito Privado, a dúvida quanto ao regime prevalecente permaneceu sem resposta. Tanto não estaria a

corroborar a conclusão a que chegou o Ministro Joaquim Barbosa quando afirmou que a OAB vive “panglossianamente [...] no melhor dos mundos” (BRASIL, 2006, p. 567)?

Parece que sim.

Afirmar, como bem o fez O professor José Afonso da Silva afirma que a OAB

> tem atribuições de fiscalização de exercício de profissão liberal; é mantida com recursos próprios; não recebe subvenção nem transferências à conta do orçamento da União; logo, não se lhe aplicam normas legais sobre pessoal nem as demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais, porque ela é uma entidade diversa destas (SILVA *in* TIMM, p. 26).

Ocorre que isso não é suficiente para eximir a instituição de sua essencial vinculação ao Estado brasileiro, menos ainda das obrigações decorrentes do princípio republicano e do princípio democrático, aos quais são inerentes a “dignidade da pessoa humana, a igualdade dos indivíduos, a moralidade e a responsabilidade públicas” (ROCHA, 1997, p. 69).

Como leciona a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, a

> República Democrática forma e conforma o modelo de convivência política no Brasil e informa todas as instituições. Os princípios republicano e democrático modelam-se e condicionam-se reciprocamente, de tal maneira que não há como aceitar-se, no sistema jurídico vigente, qualquer cometimento público ou particular que confronte um deles como se, incontinenti, o outro também não fosse atingido” (ROCHA, 1997, p. 94).

O exercício do serviço público conferido à OAB pela lei que a desenha à luz dos princípios constitucionais acima referidos, antes de importar em subordinação técnica ou administrativa ao Estado brasileiro e em redução da sua autonomia e independência, fortalecem seu papel institucional, a servir de exemplo para tantas outras instituições.

Em outras palavras: se não há forma para enquadrá-la, e parece não haver mesmo, qual seria a razão de eximi-la de obrigações que só confirmam o seu papel institucional? Obrigações que em muito contribuiriam para a

moralização do tão desgastado Estado brasileiro. E é exatamente porque a OAB “desempenha papel institucional com forte caráter estatal e público”, como destacou o Ministro Gilmar Mendes, que a responsabilidade inerente a devotado múnus não pode se dissociar da moralidade, da impessoalidade, da igualdade, mananciais da exigência do concurso público.

CONCLUSÃO

A OAB tem o julgamento da ADI 3.026/DF como um marco em sua história. Com ele, o Supremo Tribunal Federal declarou que a entidade possui atribuições inerentes ao poder público, mas que pode exercê-las com a liberdade típica das organizações privadas.

Com apoio na literatura de Pierre Bourdieu, o exame do caso permitiu identificar o conflito travado entre atores do campo jurídico para exercer o poder simbólico de dizer o direito, atribuindo significação ao fenômeno em pauta.

Utilizou-se, logo na ementa do acórdão, a expressão “serviço público independente” para classificar a instituição. De serviço público, possui poderes e prerrogativas repetidas à exaustão, mas não as responsabilidades impostas pelos princípios constitucionais da administração ou o dever de prestar contas ou submeter-se a qualquer espécie de fiscalização estatal.

O capital jurídico acumulado há décadas pela OAB permitiu-lhe sair da demanda como chegou: isenta das amarras da administração pública e blindada pelas concessões outorgadas pelo Judiciário.

Ficou dito, também na ementa, que a função da Ordem é “privilegiada”. E isso o STF deixou bem claro.

O que não ficou minimamente explicado é de que forma a equiparação da Ordem aos demais conselhos profissionais – com natureza autárquica e sujeitos ao princípio do concurso público, como peticionou a Procuradoria-Geral da República –, retirar-lhe-ia a autonomia para organizar-se e a independência para atuar em favor de seus ideais.

Eis aí o que a doutrina de Bourdieu revela como exercício de violência simbólica. As razões para consagrar um regime único para a OAB não se encontram no direito administrativo, como se tentou explicar. Estão, na verdade, na tradição da instituição, na sua relação íntima com o tribunal supremo, na medida de seu poder simbólico.

Por tudo quanto apontado é que o exercício do poder simbólico pelo STF e pela OAB deve ser diuturnamente fiscalizado pelos demais atores sociais.

NOTAS

[1] Nesse sentido: ADI 3.045, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º.6.2007; RE 372.535 AgR-ED/SP, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 11.4.2008; ADI 3.576/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 2.2.2007; ADI 1.749/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Redator para o acórdão o Ministro Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 15.4.2005.

[2] Nesse sentido: RE 563.820-AgR/PB, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 10.5.2012; RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 13.11.2009; ACO 684-QO/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 30.9.2005; MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.5.2001; MS 22.643/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 4.12.1998.

[3] No julgamento da ADI 641-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou: “O rol do artigo 103 da Constituição Federal é exaustivo quanto a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero "autarquia" e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa as entidades de classe de âmbito nacional. Da Lei Básica Federal exsurge a legitimação de Conselho único, ou seja, o Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Dai a ilegitimidade "ad causam" do Conselho Federal de Farmacia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica - de direito público” (DJ 12.3.1993).

[4] O STF rejeitou o pedido de modulação de efeitos formulado em sede de embargos de declaração opostos na ADI 2.791 ao fundamento de esse pedido não constar da inicial, não servido esse recurso para essa finalidade (DJ 4.9.2009).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: EDUSP, 1992.

______. **Coisas Ditas**. Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim; revisão técnica Paula Montero. São Paulo: Brasiliense, 2004.

______. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz, 10 ed., Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2007.

______. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. Trad. Denice Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 8/6/2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CONJUR, Revista. **Anuário da Justiça 2011**. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OAB/DF. **OAB/DF adota processo seletivo na contratação de advogados**. Disponível em: <http://www.oabdf.org.br/noticias/457/162496/OabdfAdotaProcessoSeletivoNaContratacaoDeAdvogados>. Acesso em 5 mai. 2012.

PINHEIRO, Wecsley dos Santos. Reflexões sobre o campo jurídico a partir da sociologia de Pierre Bourdieu. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3216, 21 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21579>. Acesso em: 5 mai. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TIMM, Aline Machado Costa (org.). **Autonomia e liberdade**: comentários ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.026/STF. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2007.

LEGALIDADE OU CONFIANÇA LEGÍTIMA: A COMPLEXA FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ivete Maria de Oliveira Alves[10]
DOI 10.11117/9788565604086.04

RESUMO: Este artigo é uma reflexão sobre a complexa função da maior corte judiciária brasileira: guardar a obediência à Constituição e zelar pela legalidade dos atos praticados pelos governos e particulares, sem contudo se isolar em uma bolha virtual que a separe da realidade social e ignorar as consequências de suas decisões. A pesquisa tem como objeto de estudo o julgamento da Ação Cível Ordinária número 79, de 15 de março de 2012. Ele é analisado sob a lente dos ensinamentos de Pierre Bourdieu, com o objetivo de identificar a presença de algumas categorias sociológicas propostas por este sociólogo francês. O estudo destaca dois pontos principais: primeiro, indaga-se a razão da demora desta ação para entrada em pauta de julgamento, pois foram cinquenta e três anos de espera; e em um segundo momento, analisam-se os argumentos aduzidos pelos senhores ministros na tentativa de justificar a difícil relação entre legalidade e confiança legítima em razão de fato consumado, como consequências advindas de suas decisões.

PALAVRAS CHAVE: Poder. Legalidade. Segurança Jurídica. Confiança legítima.

ABSTRACT: This article is a reflection on the complex due to the higher Brazilian judicial court. Save the Constitution and ensure the legality of actions taken by governments and individuals in obedience to the constitutional precepts, without isolating themselves in a virtual bubble that separates social reality and ignore the consequences of their decisions. The research aims to study the judgment of the Ordinary Civil Action number 79 of

[10] Ivete Maria de Oliveira Alves, membro do grupo de pesquisa Democracia, Direitos fundamentais, e Cidadania do IDP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília –DF. Advogada, professora e coordenadora do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Cenecista de Unaí-MG. Email: ivetemariaoliveira@yahoo.com.br.

March 15, 2012. It is held under the lens of the teachings by Pierre Bourdieu, with the goal of identifying judged in the presence of some sociological categories proposed by this French sociologist. The study highlights two main points: first, we look into the reason for the delay this action for entry of judgment on the agenda were fifty-three years of waiting; and in a second stage analyzes the arguments made by the ministers in an attempt to justify the difficult relationship between legality and legitimate expectations because of fait accompli, as the consequences resulting from their decisions.

Keywords: Power. Legality. Legal Security. Legitimate expectations.

INTRODUÇÃO

Este artigo é uma reflexão sobre a complexa função do Supremo Tribunal Federal[11]. Dentro de um contexto de jurisdição constitucional, defender a Constituição é sua principal tarefa. Para a legitimidade de seus julgados, é necessário preservar a confiança, por parte da sociedade, de que a decisão proferida é a resposta mais certa em cada caso concreto.

O objetivo geral da pesquisa é identificar, no julgamento objeto de estudo, algumas das categorias teóricas desenvolvidas por Pierre Bourdieu.

Delimitam-se como problemas de pesquisa as seguintes questões: Em que medida a decisão proferida na ação ordinária 79, de 15 de março de 2012, demonstra a relação entre legalidade e confiança legítima? E ainda, qual a racionalidade de uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma, mas decide pela manutenção da sua validade em razão de fato consumado e de suas consequências para a sociedade?

Para responder a essas perguntas e alcançar o objetivo geral, definem-se como objetivos específicos: apresentar o caso objeto de estudo; identificar as razões da demora do julgamento; analisar os principais argumentos dos ministros na tentativa de fundamentar e dar legitimidade a seus votos, que oscilam entre dar prioridade a legalidade e segurança jurídica ou curvar-se diante do fato consumado e das consequências da decisão.

---

[11] Artigo 102 da CF de 1988: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:[...]

Utiliza-se de raciocínio indutivo, a partir de análise documental do acórdão e de pesquisa bibliográfica, sendo as principais referências teóricas algumas categorias sociológicas desenvolvidas por Pierre Bourdieu.

2 AÇÃO ORDINÁRIA NÚMERO 79, DE 17 DE JUNHO DE 1959

Trata-se de ação ordinária proposta pela União Federal em face dos seguintes réus: Empresa Colonizadora Rio Ferro Ltda, Estado do Mato Grosso do Sul, Cia Comercial de Terras do Sul do Brasil, Construções Comércio Camargo Corrêa S/A, Cia Pan-americana de Administração e Sociedade de Melhoramentos Irmãos Brunini Ltda.

A União pleiteia a declaração de nulidade das concessões de terras públicas pelo Estado de Mato Grosso a empresas colonizadoras, outorgadas sem respeito à Constituição Federal de 1946, vigente à época dos fatos.

A petição inicial salienta que todos os contratos celebrados pelo Estado do Mato Grosso seriam nulos, uma vez que fora preterida solenidade essencial para sua validade, qual seja, a autorização pelo Senado Federal[12]. As concessões chegaram a 300.000 hectares de terras, sendo expressa, clara e incontroversa a ofensa ao texto constitucional vigente naquela época, o qual exigia que tais operações fosse autorizadas pelo Senado Federal.

Como prova dos fatos que constituíam a sua causa de pedir, a União juntou os textos publicados oficialmente, os contratos de concessão celebrados pelo Estado de Mato Grosso com todos os demais réus, nos quais eram assegurados vários privilégios de natureza patrimonial, concedidos em caráter exclusivo aos concessionários sobre terras devolutas de área superior a 10 mil hectares.

Em seguida, listou os concessionários que receberam as terras, bem como a respectiva área concedida a cada um. Algumas citações foram realizadas pessoalmente. As empresas não localizadas foram citadas por edital. Apresentaram contestação as seguintes rés: Empresa Colonizadora

---

[12] Constituição de 1946, no § 2° do art. 156: “Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares.”

Rio Ferro Ltda; Companhia Comercial de Terras Sul do Brasil; Companhia Pan Americana de Administração; Construções e Comércio Camargo Correa. Foram determinadas diligências para completar o ciclo citatório inicial, sendo expedido edital com o objetivo de cientificar as rés não localizadas pessoalmente, ao que sobreveio contestação de curador especial.

O Estado do Mato Grosso, vinte anos depois da citação por meio de carta de ordem, ratificou a contestação oferecida por Construções e Comércio Camargo Correa S/A e passou, a partir daí, a intervir no processo.

As contestações alegam que o Estado de Mato Grosso não vendeu, nem cedeu às demais rés as terras públicas indicadas, pois os contratos celebrados preveem que o ente estadual encarregou as empresas de colonizar as áreas concedidas, com a introdução de famílias de pecuaristas e agricultores, e execução das benfeitorias necessárias à vida humana e ao desenvolvimento do lugar, tais como estradas, escolas, hospitais, campos de aviação, olarias, serrarias, fomento da produção de café e borracha. Os "contratos de colonização" (assim rotulados pelos réus) atenderam às diretrizes estabelecidas no Decreto-lei nº 7.967/45, e estipulavam que os colonos adquiririam – como vieram a adquirir – lotes de no máximo 1.000 hectares, a serem vendidos diretamente pelo Estado do Mato Grosso a preço não inferior ao fixado pela própria unidade federativa alienante. Em suma, as rés sustentam que não houve venda e nem concessão, como define o Código Civil.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido, sob o argumento de que a não anuência do Senado Federal para realização dos contratos constitui afronta ao texto da Constituição.

Submetido o processo ao Plenário da Corte, por decisão unânime, o julgamento foi convertido em diligência, com fundamento no art. 47, parágrafo único do Código de Processo Civil, para que a União promovesse a citação por edital daqueles que, por intermédio das empresas colonizadoras, adquiriram individualmente lotes vendidos pelo Estado do Mato Grosso em consequência dos contratos impugnados nesta ação. Citados os interessados por edital, foi-lhes nomeado curador especial, que apresentou a contestação,

afirmando que os substituídos adquiriram áreas com metragens inferiores ao limite constitucional (10.000 hectares), e o fizeram diretamente do Estado do Mato Grosso, concluindo que a eventual anulação das concessões não teria reflexo nas aquisições posteriores. Sustentou ainda que não se caracterizam como concessões os contratos impugnados pela União, porquanto celebrados com a finalidade de colonização prevista no Decreto-lei 7.967/45.

Seguiu-se manifestação do Estado do Mato Grosso, com o informe de que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA sucedeu a uma das empresas ré e, por essa razão, deveria ser integrado ao polo passivo. Ponderou também que o INCRA possui minucioso levantamento a respeito da situação agrária sob litígio, apto, portanto, a prestar relevante contribuição para o desfecho do processo, motivo pelo qual foi determinada sua citação.

Finalmente, no dia 15 de março de 2012, após cinquenta e três anos de espera, sob a relatoria do ministro Cézar Peluso, foi proferido o seguinte julgamento:

> *EMENTA*: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superior a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validez dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação

> de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc..
>
> A C Ó R D Ã O
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente a ação, contra os votos dos Senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, AYRES BRITTO e MARCO AURÉLIO. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e GILMAR MENDES e, neste julgamento, o Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA. Falou pela ré Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, o Dr. Ewerton Azevedo Mineiro.
> Brasília, 15 de março de 2012.
> Ministro CEZAR PELUSO
> Presidente e Relator

Apresentado o caso, pretende-se identificar nele algumas categorias teóricas desenvolvidas por Pierre Bourdieu.

3 OCORRÊNCIA MANIFESTA DAS CATEGORIAS TEÓRICAS DE BOURDIEU

Pierre Bourdieu[13] inquietou-se com a pretensa racionalidade do campo jurídico. Após profundo estudo do pensamento de Hans Kelsen, faz análises importantes sobre a atuação dos diferentes atores neste cenário.

O Direito tem como contingência contribuir para a ocorrência da justiça e da paz social. Para alcançá-las, necessita fornecer ao Judiciário ferramentas que o possibilitem proferir decisões o mais correto possível. Segundo Kelsen (2000), isso somente é possível se elas forem tomadas dentro da legalidade e racionalidade, da maneira mais pura possível.

Não é nova a discussão sobre a cientificidade e racionalidade do Direito. Kelsen (2000) quando elabora sua Teoria Pura, tenta livrá-lo de todas

[13]Os estudos de Bourdieu acentuam sobretudo, essa dimensão social em que as relações entre os homens se constituem em relações de poder, mais ainda, em que elas reproduzem o sistema objetivo de cominação interiorizado enquanto subjetividade; a sociedade e, dessa forma, apreendida como estratificação do poder. (ORTIZ, 1983, p. 26)

as impurezas constantes no contexto social, político e econômico; para restringi-lo à aplicação da lei e considerar seu fundamento de validade apenas a norma fundamental. Porém, o próprio escritor austríaco, já no final de sua obra, admite certa dose de interpretação realizada pelo julgador na busca de uma resposta o mais correta possível.

A realidade forense tem revelado que pureza e racionalidade nem sempre são possíveis diante das complexas relações sociais que se estabelecem perante os diferentes atores que interferem nas tomadas de decisões. Bourdieu (2007, p. 209) ensina que a tentativa dos juristas em elaborar doutrinas que se fundamentam em si mesmas decorre da falsa compreensão da história do Direito como a história do desenvolvimento interno dos seus institutos, de forma autônoma e fechada.

No caso objeto deste estudo, destaca-se um processo que tramitou por cinquenta e três anos perante o Supremo Tribunal Federal, no qual, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade de determinado ato, tem como resultado a improcedência da ação que visava anulá-lo.

Busca-se identificar nesse julgamento a existência, ou não, de categorias teóricas desenvolvidas por Pierre Bourdieu. Destaca-se entre elas a divisão da sociedade em campos, nos quais as instituições e seus atores desempenham papéis diferentes, de acordo com sua função e o capital ou posição que ocupam.

3.1 A manifestação do poder dentro do campo jurídico e a violência simbólica

O Supremo Tribunal Federal é composto de onze ministros, todos nomeados da mesma forma e possuidores das mesmas garantias e prerrogativas; são membros de um mesmo campo social: o campo jurídico.

Fazem parte de um mesmo espaço multidimensional de posições definidas segundo o volume de capital de cada um. Este capital é definido por Bordieu (2007) como o *quantum* social, em outras palavras, o prestígio social que determina a posição ocupada pelo agente dentro do campo.

A Corte Constitucional tem um presidente, que é escolhido pelo critério de antiguidade dentro do Tribunal, para um mandato de dois anos. Para cada processo é designado, por distribuição, um relator. São estes dois atores os responsáveis por inserir os processos na pauta de julgamento. A ação ordinária 79, de 1959, levou cinquenta e três anos para ser inserida na pauta[14].

O processo teve nove relatores. O primeiro foi o ministro Cândido Motta Filho, que se aposentou em 1967. O último relator, ministro Cezar Peluso, assumiu o caso em junho de 2003 e encerrou a instrução desistindo de colher os depoimentos de todas as pessoas que tinham comprado terras na região depois da doação. “Como achar esse povo?”, indagou Peluso.

Essa demora em julgar um processo desafia todos os conceitos de racionalidade, acesso a justiça e paz social. De que adianta ter o direito de protocolar uma petição se a decisão demora mais de meio século para ser proferida?

No Supremo Tribunal Federal, há processos dos anos 1980 que ainda não foram julgados. Leis tem sua constitucionalidade questionada e a Corte não oferece uma resposta por longos anos. A demora costuma ser explicada pela sobrecarga da Corte, que recebeu, desde 2000, mais de 1 milhão de processos. Mas tal resposta ignora que, em certos casos, o STF se posiciona com surpreendente rapidez[15].

---

[14] Quando foi protocolada, em junho de 1959, o endereço da Corte não era a Praça dos Três Poderes, em Brasília, mas a Avenida Rio Branco, no Rio de Janeiro. O atual presidente do Supremo e relator da ação, ministro Cezar Peluso, tinha 16 anos de idade. O ministro mais moço, José Antonio Dias Toffoli, nem sequer havia nascido. Até o nome do País era outro: República dos Estados Unidos do Brasil. Com 12 volumes e 3 apensos, o processo tem 2.449 páginas – todas amareladas e muitas em processo de desintegração. Várias estão improvisadamente protegidas por sacos plásticos, para não virarem pó. Disse-se pelos corredores da Corte, que essa é, seguramente, a ação em tramitação no Supremo Tribunal Federal com maior número de ácaros por página.

[15] A ação direta de inconstitucionalidade 3.685, sobre coligações partidárias, foi distribuída em 9 de março de 2006. A decisão definitiva foi tomada no dia 23. Duas semanas! A complicadíssima ação direta de inconstitucionalidade 3.367, questionando dezenas de normas da emenda constitucional 45 (sobre a reforma do Judiciário), em 2004, recebeu resposta definitiva em quatro meses.

Na atualidade, o regimento interno do STF e a legislação não estabelecem prazo vinculativo: o relator e a presidência do STF exercem o poder de determinar a pauta conforme critérios pessoais, não explicitados e imprevisíveis. O resultado são discrepâncias injustificadas e irracionais que resultam em um sentimento de frustração em inúmeros jurisdicionados brasileiros.

Práticas não racionais revelam-se autoritárias e sinalizam para a existência do poder injustificado em toda parte; fundamentado em ideologias, interesses particulares, econômicos e políticos (BORDIEU, 2007, p. 09). Estes sinais de poder permanecem não revelados, mas atingem a confiança do povo na Corte constitucional.

Fica evidente o contraste entre a não fixação de prazos para inserir em pauta um processo, com o extremo cuidado do legislador ao fixar curtos prazos para a atuação dos demais participantes dos processos constitucionais, como a autoridade que editou a norma, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. A situação do STF contrasta também com a experiência de outros países onde a justiça constitucional é submetida a prazos curtos e rígidos. As causas costumam ser julgadas na ordem de chegada. Quem detém o poder de determinar a ordem de julgamento de ações de crucial importância influencia a vida do país. Uma rápida declaração de inconstitucionalidade pode proteger direitos fundamentais. A mesma decisão, tomada anos depois, pode ser inócua. Além disso, a decisão tardia compromete a liberdade do julgador porque uma situação consolidada dificilmente pode ser modificada (DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI, 2012).

Na ação ordinária número 79, de 17 de junho de 1959, a inconstitucionalidade é expressa e clara. Porém, nas terras objeto dos contratos nulos, foram construídas cidades inteiras, milhares de pessoas ficariam sem suas propriedades caso a ação fosse julgada procedente. Na substância, o STF disse que, por mais que houvesse inconstitucionalidade, não era possível modificar situações consolidadas após meio século. A decisão é sensata, mas nada justifica a demora.

A possibilidade do relator de retardar o julgamento e a possibilidade de a presidência não incluir um processo na pauta são mecanismos de seletividade política. São práticas problemáticas em um Estado de Direito que prejudicam muitos pedidos, seja porque não parece oportuno modificar a situação após anos, seja em razão da prescrição, seja porque as leis impugnadas foram revogadas e a ação perdeu seu objeto.

No Supremo Tribunal Federal, muitas decisões são postergadas quando a medida impugnada gera controvérsias sociais ou envolve grandes interesses políticos e econômicos. Isso ocorreu com a anencefalia, com as ações afirmativas, com o questionamento da quebra do sigilo bancário pela Receita Federal, com a Lei de Responsabilidade Fiscal[16] (que completou dez anos sem julgamento sobre sua constitucionalidade). Nesses casos o STF adota uma postura de cautela que pode virar inércia e denegação da prestação jurisdicional. Cabe ao legislador remediar o problema e estabelecer prazos rígidos e regras de preferência taxativas para o julgamento dos processos constitucionais. Isso permitirá limitar o poder político do STF que, na atualidade, utiliza o tempo como ferramenta de poder, determinando livremente a própria pauta (DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI, 2012).

Como admitir na Corte Constitucional de um Estado democrático de direito que alguns atores, no mesmo cenário, tenham poderes maiores que os outros, sem nenhuma fundamentação racional? Os fatos revelam que dentro do campo jurídico os ministros têm maior poder que os advogados e que dentro do próprio tribunal existe diferença de poder entre os ministros. Todos são membros essenciais ao campo jurídico, porém alguns detêm maior capital, o que, segundo Bourdieu (2007), é o *quantum social,* ou seja, é o prestígio maior do agente, em razão da posição específica que ocupa neste campo, o que elimina os critérios de racionalidade[17].

---

[16] ADPF – 54; ADPF -186; RE – 389808 e ADI - 2238

[17] A racionalidade é tratada pela autora como um critério que não admite outra autoridade que não a razão; não admite como justificativa diferença de posição social, econômica, política ou cultural. Razão distingue o homem dos animais, é fonte de direito, justiça e equidade.

O prestígio permite aos atores – neste caso o ministro presidente e o relator – esconderem as verdadeiras razões de sua atitude. Assim, o poder simbólico da Corte Constitucional, majorado pela diferença de capital entre seus ministros, acabou, neste caso, gerando o que Pierre Bourdieu (2007) chama de violência simbólica. O detentor de poder simbólico que o exerce com arbitrariedade (em razão da posição que ocupa, do capital que posssui) sem assumi-la, pratica a violência simbólica.

A decisão judicial é proferida dentro de um campo jurídico, que detém poder simbólico perante a população para dizer o direito. Quando esse poder simbólico é utilizado para ocultar suas razões verdadeiras, pratica-se violência simbólica. “O campo jurídico é um universo social relativamente independente das pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado” (BOURDIEU, 2007, p. 211).

Passaram-se cinquenta e três anos, até que relator e presidente decidiram inserir o processo em pauta. Nesse tempo, no local objeto das concessões de terra, ergueram-se cidades inteiras, com escolas, hospitais e empresas. Enfim, a vida a que serve o Direito se desenvolveu, apesar da ilegalidade dos contratos originários.

3.2 Fato consumado na contramão da legalidade

Passou-se mais de meio século da propositura da ação. Muita coisa aconteceu durante este tempo. O Estado do Mato Grosso foi dividido e sobre aquelas terras ergueram-se grandes cidades. Milhares de pessoas construíram suas vidas ignorando a existência de eventual vício em seus contratos de propriedade. Vício claro e expresso, pois os contratos foram celebrados sem a anuência do Senado Federal, em contradição ao texto constitucional de 1946. Ademais, esta atribuição do Senado foi mantida nos textos constitucionais posteriores, apenas com redução na área[18].

[18] Constituição Federal de 1946 – artigo 156, parágrafo segundo (10.000 hectares); Constituição Federal de 1967 – artigo 164 parágrafo único (3.000 hectares); Constituição Federal de 1988 – artigo 49, XVII (2.500 hectares).

Em seu voto, o ministro Cezar Peluso, relator do caso, reconhece o erro do Estado do Mato Grosso ao suprimir a anuência do Senado Federal e a violência à Constituição, de forma clara, manifesta e incontroversa. Contudo, não considera esta a resposta certa para o caso e vota pela improcedência da ação. Atribui menor peso à legalidade diante do fato consumado que acarretaria consequências desastrosas para a sociedade; para o ministro relator, a segurança jurídica é mais que a mera observância da lei.

Este julgamento reflete um dos maiores desafios do pensamento jurídico moderno, que é a tentativa de conciliar segurança jurídica e legitimidade das decisões judiciais com a legalidade.

Para Jürgen Habermas (2003, p. 245): “A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”. A segurança jurídica é importante, mas não é a única garantia que deve ser oferecida pelo Direito à sociedade. Este autor aponta como solução para este impasse a teoria do discurso, segundo a qual correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos, sendo alcançada por meio do discurso, no qual será posta a questão inicialmente controvertida. Após o procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade, os participantes chegarão ao acordo não coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida.

Nem sempre esse acordo é possível. Ademais, em uma corte de julgamento, os ministros têm posições ou pensamentos divergentes que refletem suas pré-compreensões e visões de mundo variadas.

Segundo François Ost (2009), temos três tipos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes. Cada um desses expressa uma concepção diferente de direito e de seu papel no desempenho da atividade jurisdicional.

O primeiro modelo refere-se ao juiz Júpiter, para o qual o Direito expressa-se na figura de uma pirâmide hierarquizada de normas, à maneira disposta por Kelsen (2000). Utiliza-se de uma racionalidade dedutiva, o foco

da decisão é a lei geral e abstrata vinda do Poder Legislativo. Ao revés, para o juiz Hércules, a atuação do magistrado é verdadeira obra de engenharia social. Ele inverte a pirâmide kelseniana, o caso concreto torna-se o limite de sua decisão de forma indutiva. Já o terceiro modelo de magistrado, o juiz Hermes, é aquele que é prudente e vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis (OST, 2009).

O juiz, neste terceiro modelo, reconhece a interdependência entre os diversos campos sociais. Sabe que o campo jurídico possui certos elementos que lhe proporcionam autonomia, sendo o espaço de concorrência pelo monopólio de dizer o Direito, através de uma interpretação de forma mais ou menos livre ou autorizada. Segundo Bourdieu (2007), um campo é mais ou menos autônomo segundo sua capacidade de ocultar sem eliminar as influências que sofre dos outros campos. Habitualmente os juristas tendem a ocultar estas influências, afirmando-se neutros e racionais, mas a complexidade das relações sociais e mesmo as relações desenvolvidas dentro do próprio campo jurídico têm demonstrado que esta neutralidade e racionalidade nem sempre é possível.

A análise dos votos proferidos no caso objeto deste estudo demonstra que, no Supremo Tribunal Federal, há juízes que se assemelham a todos os modelos apresentados por Ost, (2009); e o pior é que, muitas vezes, encontramos as três formas em um mesmo magistrado.

Pode-se identificar no voto do relator características do juiz Hermes, na medida em que amplia o discurso que afirma encontrar a segurança jurídica apenas na literalidade do texto legal, e analisa com prudência as consequência que podem advir da decisão proferida para a sociedade de modo geral. Em seu voto, o ministro Cezar Peluso reconhece a afronta ao texto constitucional, mas afirma que “o Estado de direito é sobremodo Estado de confiança”. Milhares de pessoas confiaram no Estado brasileiro, afinal receberam as terras do governo do Estado do Mato Grosso.

> Cidades formaram-se nas áreas concedidas, com fixação e reprodução de milhares de famílias; o comércio e a lavoura expandiram- se em larga escala; ergueram-se incontáveis e

> custosas acessões e benfeitorias, privadas e públicas, como residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, estradas, aeroportos, escolas, hospitais, etc.; o Estado já deu origem a outro, em 1979, seccionando, entre duas províncias, tão extensa área; sucederam-se, sob convicção de validez, múltiplas transmissões de domínio; enfim, a vida humana, **a que serve o Direito**, estabeleceu e fincou, ali, raízes e condições definitivas de fluência e realização histórica proveitosas para o desenvolvimento de cada um e de toda a sociedade, que não podem ser agora surpreendidos e inquietados. [19]

Esse é o principal fundamento trazido em seu voto. E em todo seu discurso, Cézar Peluso tenta convencer seus colegas de que essa é a resposta mais legítima possível, para este caso. Contudo, não consegue seu intento.

O ministro Ricardo Lewandowski revelou características do juiz Júpiter, uma vez que colocou o foco de seu argumento na lei geral e abstrata vinda do poder legislativo. Cabe destacar de sua fala o seguinte:

> Quer dizer, não obstante o vício absoluto do ato originário, Vossa Excelência, tendo em conta o princípio da segurança jurídica, da boa-fé, da confiança - antigamente a doutrina do Direito Administrativo chamava de fato consumado -, está entendendo que esta cadeia dominial que se sucedeu no tempo é hígida; portanto, os atuais detentores desses imóveis são, na verdade, proprietários, e não meros posseiros.[20]

Com base nesses fundamentos, o ministro Ricardo Lewandowski votou em sentido contrário ao relator. Não conseguiu reconhecer em um ato originário viciado consequências jurídicas válidas, como a concessão do domínio territorial.

Também em sentido contrário ao relator, votou o ministro Ayres Brito, aduzindo principalmente que:

---

[19] Trecho do julgamento, obtido diretamente no Supremo Tribunal Federal, pois já disponível para consulta, porém ainda não publicado.
[20] Trecho do julgamento, obtido diretamente no Supremo Tribunal Federal, pois já disponível para consulta, porém ainda não publicado.

> Senhor Presidente, eu também louvo o voto de Vossa Excelência, fundamentado, consistente, mas o fato é que a causa de pedir, o fundamento jurídico da ação procede. Houve aquisição de terras públicas, superiores a 10 mil hectares, sem autorização do Senado Federal. Há, nos autos, informações de que: "As áreas objeto das concessões em tela variavam de cem mil a trezentos mil hectares, prevalecendo as de duzentos mil hectares, excedendo, em muito, o teto constitucional permitido para tais avenças, limitado a 10.000 hectares. " E olhe que esses dez mil hectares era um limite excessivo, pode-se dizer, comparado com o de hoje, por exemplo, dois mil e quinhentos Hectares.[21]

Desta forma, o ministro Ayres Brito deixou claro que não admite interpretação que despreze o texto legal, independentemente das consequências da decisão resultante desta. Com esta atitude revela possuir características do juiz Júpiter, pois se utiliza de uma racionalidade meramente dedutiva, a partir da lei.

O interessante é que tanto o ministro Ricardo Lewandowski, quanto o ministro Ayres Brito, já se manifestaram em julgamentos anteriores[22] com posturas nitidamente afastadas das características do juiz Júpiter e presentes no modelo de juiz Hermes e até Hercules.

Finalmente, observa-se a postura do ministro Marco Aurélio, que sempre se mostrou um juiz com nítida predominância das características do juiz Júpiter. Não admite em seus votos a interferência do judiciário nos outros campos sociais e também deixa clara a sua postura de fundamentação das decisões focada na lei e na proteção à integralidade da Constituição Federal. Destacam-se os principais argumentos trazidos pelo ministro:

> Presidente, que o Estado tome essa atitude. O Supremo não pode tomá-la. O Supremo, no julgamento deste processo,

---

[21] Trecho do julgamento, obtido diretamente no Supremo Tribunal Federal, pois já disponível para consulta, porém ainda não publicado.

[22] Trazem-se a título de exemplo: ADPF -132 – Os ministros Ayres Brito e Ricardo Lewandowski, reconheceram a validade da união estável entre homossexuais apesar do texto Constitucional ser expresso ao dizer “homem e mulher”, fundamentados no sopesamento de princípios constitucionais, como igualdade e liberdade.
E também a ADI – 4029 – Os ministros Ayres Brito e Ricardo Lewandowski concordaram com a modulação de efeitos, sendo consideradas inconstitucionais de agora para frente as MPs que não tramitarem segundo o rito definido no texto Constitucional, levando em conta as consequências da decisão.

> não pode fechar a Carta de 46, a Carta de 67, a Carta de 69 e a Carta de 88. O Supremo é que não pode![23]

Com este fundamento, o ministro Marco Aurélio mostra sua ênfase na observância da legalidade e em separar os campos de atuação de cada instituição.

> Ministro, mas, nesta ação, que é declaratória, quanto à validade ou não da concessão, em um primeiro passo, do serviço público, não vamos adentrar as consequências de possível decisão favorável à União. Os desdobramentos ocorrerão. Não sei se no campo indenizatório ou não. Agora, o que não podemos é fechar os olhos para situação jurídica que pode se repetir nos dias atuais, já que a regra da Constituição Federal de 1946 – e ressaltou o relator, bem como a Ministra Rosa Weber – foi repetida na Carta de 1967 e na verdadeira Carta de 1969 e também na de 1988. Agora, só pela passagem do tempo, julgar-se improcedente o pedido formulado na inicial é dar ao fato consumado – que reconheço, no Brasil, ter um peso incrível – envergadura a sobrepor-se, inclusive, à Constituição Federal. Todos reconhecemos que houve ilegalidade, que ensejou, inclusive, a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito, com o envio de peças ao Ministério Público para as providências – e estamos a cogitar de fatos que ocorreram entre 1952 e 1954. Foi um verdadeiro escândalo nacional. A Constituição Federal limitava a concessão ou alienação de terras públicas, sem aprovação pelo Senado, a dez mil hectares, e tivemos concessões da ordem de duzentos mil hectares, inclusive, com um dado, que é complicador, relativo a terras indígenas. A questão é muito séria.[24]

Novamente o ministro Marco Aurélio enfatiza sua preocupação com a legalidade e com a separação das funções das instituições nos diferentes campos sociais.

> Damos o dito pelo não dito e assim se vai contando a história do Brasil. O fato consumado com um valor incrível. O fim justificando o meio![25]

---

[23] Trecho do julgamento, obtido diretamente no Supremo Tribunal Federal, pois já disponível para consulta, porém ainda não publicado.
[24] Trecho do julgamento, obtido diretamente no Supremo Tribunal Federal, pois já disponível para consulta, porém ainda não publicado.
[25] Trecho do julgamento, obtido diretamente no Supremo Tribunal Federal, pois já disponível para consulta, porém ainda não publicado.

Nesse fundamento o Ministro Marco Aurélio demonstra certo desapontamento com a discussão, mas não se dá por convencido e deixa clara sua indignação com a interferência de outras questões, situadas fora do campo jurídico, na fundamentação de uma decisão judicial.

Assim, a leitura dos votos revela em muitos momentos a presença dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes em cada um dos ministros. E apesar da veemência dos argumentos pela procedência da ação, aduzidos pelos três ministros, o relator não se dá por convencido e é seguido pela maioria dos ministros da Corte.

Vence uma posição que se afasta da estrita observância da lei, a qual, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade dos contratos de concessão de terras públicas, considera que o tempo, os fatos ocorridos, a economia e sobretudo a boa fé e confiança legítima das pessoas que acreditaram no Estado, não podem ser ignorados. Ao contrário, devem se sobrepor à legalidade. A segurança jurídica é preservada não apenas quando uma decisão é proferida em literal observância à lei, mas sim, quando são sopesados os princípios constitucionais e todas as suas consequências.

Uma decisão que leva em conta suas consequências extrapola os muros do campo jurídico, não busca sua legitimação na lei; mas sim nas consequências dela decorrentes. O julgador não se atém apenas à lei ao proferi-la; ele se preocupa com sua realização no mundo real de forma adequada e até como forma de eliminar possível frustração de expectativas advindas da mesma. É o que Jorge Amaury Maia Nunes (2012) chama de consequencialismo como forma de legitimação das decisões judiciais:

> O consequencialismo funciona, em certo sentido, como fonte e forma de legitimação do Poder Judiciário porque ajusta a conduta do Judiciário, conformando-a ao todo social, num reconhecimento de que a justiça do caso concreto se espraia sobre toda a sociedade que não pode nem deve sofrer danos colaterais decorrentes dessas decisões. Ademais, funciona como processo de justificação da decisão judicial, de modo a permitir o controle da sociedade sobre as expectativas que devem manter em relação ao Judiciário e às suas manifestações (NUNES, 2012, p. 9).

Esta forma de justificação da decisão judicial retoma, até certo ponto, o pragmatismo norte-americano e o *commom Law*. O Brasil é um país pertencente ao *civil Law*, mas o consequencialismo é plenamente admissível, máxime em se considerando a adoção, desde a Emenda Constitucional 45, das chamadas súmulas vinculantes, fato esse que provocou uma maior aproximação entre os dois sistemas sob a ótica da criação da norma jurídica individual e da sua capacidade de funcionar como precedente vinculante.

> A ideia que se quer deixar assentada é a de que o pensar as consequências extraprocessuais da decisão judicial, validando-as, entretanto, no próprio sistema jurídico, pode e deve funcionar como meio de legitimação do Judiciário e da decisão judicial, por força do comprometimento do juiz com a sociedade, comprometimento que não se esgota após proferida a sentença de mérito ou após determinado o cumprimento da decisão judicial, mas que se prolonga além tempo e que, por isso mesmo, tem o condão de obrigá-lo, vinculá-lo, responsabilizá-lo (NUNES, 2012, p. 9).

Sob este prisma, a fundamentação legítima de uma decisão judicial pode estar fora do campo jurídico. E quando devidamente fundamentada com as suas razões de decidir, não há qualquer violência simbólica por parte do Judiciário. A decisão do julgamento da ACO 79, de junho de 1959, teve sua fundamentação fora do campo jurídico, porém, as razões foram claras e expressas. Não há que se falar aqui na ocorrência de violência simbólica, como ocorreu na demora para seu julgamento.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada alcançou seu objetivo geral, na medida em que proporcionou uma análise da complexa função do Supremo Tribunal Federal e permitiu a identificação de algumas teorias desenvolvidas por Pierre Bourdieu. Ficou clara a distinção e peculiaridades do campo jurídico, que com seu poder simbólico e monopólio de dizer o Direito, se distingue de outros campos sociais. O Supremo Tribunal Federal tem a última palavra, tem o poder de, até mesmo, errar por último e ser obedecido pela sociedade. Apesar de suas características próprias e poder simbólico, reconhecido, não está imune à ocorrência de manifestações de poder decorrentes das

diferenças de posição, ou capital, de seus próprios integrantes. Isso permite que, no exercício de seu poder, cheguem a praticar até mesmo a violência simbólica.

O estudo desenvolvido sobre o objeto pesquisado, ou seja, o julgamento da ação ordinária n. 79 de 1959, permitiu alcançar uma resposta ao problema inicialmente proposto, pois demonstrou ser árdua a conciliação da segurança jurídica com a confiança legítima em uma decisão judicial, na medida em que deixou clara a dificuldade em desprezar o texto constitucional para evitar os efeitos desastrosos da decisão. Isso ficou evidente na não unanimidade do julgamento.

A análise do conteúdo dos votos possibilitou constatar que a segurança jurídica não está apenas na observância da legalidade, mas em um sopesamento da legalidade, dos princípios constitucionais e da confiança que a população tem no Poder Judiciário. Assim, a fundamentação fora da lei pode ser legítima.

Permitiu também identificar nos ministros características diversas e até mesmo contraditórias, que ora fundamentam suas escolhas na estrita observância da lei, aproximando-se do modelo de juiz Júpiter; ora nos fatos sociais, segundo o modelo do juiz Hércules; e finalmente como juiz Hermes, que admite o caráter inacabado do direito e responsabiliza-se pelas consequências prováveis de suas decisões.

Finalmente, o estudo demonstrou que a neutralidade e racionalidade preponderantes no campo jurídico não deixam os julgadores imunes às influências das manifestações de poder existentes dentro de seu próprio campo e, sobretudo, dos fatos ocorridos nos outros campos sociais. Em outras palavras, aceitar que a segurança jurídica está em fundamentar a decisão judicial apenas na legalidade e não, também, na real e legítima confiança da sociedade, corresponde a ignorar que na sociedade atual não há mais espaço para conceitos puros, neutros e isolados. É preciso e possível interpretar a legalidade e a segurança jurídica à luz de tantos outros elementos que compõem o contexto social, político, econômico e jurídico no qual os fatos acontecem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2012.

_______, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator Ministro Ayres Brito. Julgamento em 14 de out de 2011.

_______, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 08 de mar de 2012.

________, Supremo Tribunal Federal. Ação ordinária n. 079 de 1959. Relator Ministro Cézar Peluso. Julgamento em 15 de mar de 2012.

BOURDIEU. Pierre. **O poder simbólico.** Tradução Fernando Tomaz, 10 ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2007.

DIMITRI DIMOULIS **e** SORAYA LUNARDI. O poder de quem define a pauta do STF. **Jornal Folha de S. Paulo**. Ed. 27 abr. 2012. UnB. Disponível em: <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=90904>. Acesso em: 26 jul. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do poder judiciário e consequencialismo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 22, n. 11, p. 25-33, nov. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35706>. Acesso em: 27 jul. 2012.

ORTIZ, Renato (Org). **Pierre Bourdieu.** São Paulo: Ática, 1983.

OST, Francois. Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juez. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia Del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em:

http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf, acesso em: 26 de jul. 2012.

ARGUIÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS 130 (LEI DE IMPRENSA): COLISÃO DE DIREITOS E DINÂMICA DE ATORES SOB A PERSPECTIVA DE BOURDIEU

Camila Baptista de Carvalho Dorna Magalhães[26]
DOI 10.11117/9788565604086.05

"Não há democracia efetiva sem um verdadeiro poder crítico" Bourdieu

RESUMO: O presente artigo examinará os principais argumentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, que analisou a lei de imprensa e sua incompatibilidade com a Constituição Federal. O principal ponto analisado foi a colisão de direitos de honra, imagem e privacidade versus direito de informação, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana. Também são abordadas as consequências do vácuo jurídico nos meios de comunicação, identificando-se as principais categorias sociológicas de Pierre Bourdieu presentes neste caso.

Palavras-Chave: ADPF nº 130 – Liberdade de Imprensa – Princípios Colidentes – Direitos Fundamentais - Pierre Bourdieu.

Abstract: This article will examine the main arguments of the decision issued by the Brazilian Supreme Court during the judgment of the ADPF No. 130, which analyzed the Law of Press and its incompatibility with the Constitution. The main point discussed was the collision of rights: honor, image and privacy versus information, approaching from the dignity of the human person. Another issue addressed is the impact of the legal vacuum in the media and thus identifies the main Pierre Bourdieu's sociological categories present in this case.

---

[26] Camila Baptista de Carvalho Dorna Magalhães, Advogada, pós-graduanda em Direito Constitucional pelo IDP, membro do grupo de pesquisa Cidadania, Democracia e Direitos fundamentais do IDP. email: camilabapdorna@gmail.com

Key-words: ADPF nº 130 – Freedom of the press – Competing Principles – Fundamental Rights - Pierre Bourdieu.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é fazer uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, na qual o Supremo Tribunal Federal - STF declarou a Lei de imprensa incompatível com a atual ordem constitucional.

No primeiro momento, é realizado um estudo de caso, pelo qual são analisados os principais argumentos da decisão, quais sejam: plenitude de direito, sobredireitos, direito de resposta, o fato de a lei ter sido sancionada em época de ditadura militar.

A seguir são estudados os principais pontos da colisão entre os direitos de personalidade *versus* o direito a liberdade de informação, e estabelecidos certas diretrizes e pontos que têm que ser analisados no caso concreto.

Por fim, são examinadas as consequências adotadas pela decisão da ADPF 130 em relação aos meios de comunicação restando demonstrado que o entendimento exposto pelo STF se mostrou insuficiente por não ter solucionado em definitivo a questão posta, como também não ofereceu parâmetros para análise no caso concreto.

Todas essas questões serão levantadas partindo da premissa das categorias teóricas desenvolvidas por Pierre Bourdieu em seu livro “Poder Simbólico”, com enfoque especial na categoria que leva o nome do livro, e também, na categoria violência simbólica, visualizada em dois pontos: na colisão de direitos e nos meios de comunicação.

2 ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 130

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 foi proposta em 2008 pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT em face da integralidade da Lei nº 5.250/67, conhecida como “Lei de Imprensa”.

Cumpre lembrar que a Lei de Imprensa foi editada em consonância com a Constituição de 1969, ou seja, em plena época de ditadura militar. Essa lei regulava a liberdade de manifestação de pensamento e de informação, os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, inseria parâmetros em relação ao direito de resposta e responsabilidade civil e penal daqueles que no exercício da liberdade de imprensa e informação violassem o direito de personalidade, causando prejuízo a outrem. Como afirma o Ministro Marco Aurélio:

> parece até palavrão mencionar-se o seu número, lei 5.250, considerado o ano em que foi editada, 1967-, temos, sim, preceitos que protegem o cidadão quanto à privacidade, quanto à honra. No entanto há inúmeros preceitos que protegem a atividade jornalística; prestam homenagem à liberdade de informação.

A petição inicial do Partido Democrático Trabalhista, autor da ADPF, sustenta que a Lei nº 5.250/67 é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e em especial com o art. 220, §1º, que dispõe: “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Por esse motivo, foi solicitado que a lei não fosse integralmente recepcionada pela Constituição com base no uso da técnica da interpretação conforme, e, no caso de não ser acolhida essa pretenção, foi pedido alternativamente: a) declaração de revogação de determinados dispositivos da “Lei de Imprensa”, os quais, de acordo com o arguente, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988; e b) à interpretação conforme à Constituição Federal de outros artigos da Lei, com o objetivo de evitar que determinados dispositivos legais defasados pudessem dar azo a prática de atos lesivos aos preceitos fundamentais assegurados nos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do artigo 5º e artigos 220 a 223 da Carta Magna.

Solicitou-se, também, a título de medida cautelar, que fosse determinada a todos os juízes e tribunais do país a suspensão do andamento

de processos e dos efeitos de decisões judiciais que tivessem relação com a presente ADPF, decisão acatada em 21.02.2008, pelo plenário da Corte.

Em 30/04/2009, começou o julgamento da “Lei de Imprensa” que teve como resultado a não recepção na sua integralidade, argumento acolhido por 7 (sete) dos 11(onze) Ministros do Supremo Tribunal Federal: Carlos Ayres Britto (relator), Eros Grau (adiantou o voto), Menezes Direito (voto-vista), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie pronunciaram-se pela parcial procedência da ação, mantendo em vigor alguns dispositivos da “Lei de Imprensa”, sobre os abusos no exercício da liberdade de manifestação e pensamento e os preceitos definidores de crimes. Já o Ministro Gilmar Mendes julgou improcedente o pedido, ressalvado o direito de resposta.

O Ministro Marco Aurélio votou pelo não conhecimento da ADPF, primeiramente, por acreditar que não carece de interesse o autor - um partido político - em propor essa demanda e também, por entender que as normas da Lei nº 5.250/67, de natureza inconstitucional, nesses vinte anos, seis meses e vinte quatro dias da Carta Magna, já não estavam sendo aplicadas pelo próprio Judiciário. Este Ministro enfatiza ainda em seu voto que cabe aos representantes do povo, ou seja, o Congresso Nacional a substituição da lei em exame, sem que seja criado o vácuo, ou seja, a insegurança jurídica.

Em histórica decisão, o Supremo Tribunal Federal qualificou os direitos a liberdade de informação jornalística contida na Constituição e, em especial, no art. 220, como sobredireitos:

> mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (falemos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão de informante, mais a liberdade de trabalho, oficio, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em

> sentido geral (sobredireitos de personalidade reitere-se a afirmativa)

O que seriam esses sobredireitos?

> o de se tratar de superiores direitos que, se manifestados por órgão de imprensa ou como expressão de atividade jornalística, passam a receber sobretutela em destacado capítulo da nossa Lei Maior (capítulo V do título VIII)

A maioria dos ministros afirmou que o direito a imprensa é um direito fundamental pleno, acompanhando o Ministro Ayres Britto:

> a ideia de uma lei de imprensa em nosso país soaria aos ouvidos de todo e qualquer operador do direito como inescondível tentativa de embaraçar, restringir, dificultar, represar, inibir aquilo que a nossa Lei das Leis com o mais luminoso halo da liberdade em plenitude.

A plenitude de liberdade que o Ministro Carlos Britto apregoava era no sentido de que a liberdade de informação jornalística é um direito “irregulamentável” pelo Estado, ou seja, que o legislativo não poderia em nenhum momento restringir a liberdade de informação. Quer dizer, que o capítulo V, título VIII e o art. 5º, IV, V, IX, X, XIII, XIV, da Constituição, seriam suficientes para regulamentar todo e qualquer conflito.

> o eminente relator optou por uma posição radical e preconizou para o nosso país uma imprensa inteiramente livre de qualquer regulamentação ou de qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos estatais. Aparentemente se não fiz uma leitura errada do posicionamento de S. Exa., até mesmo a intervenção do Poder Judiciário seria vista como suspeita.

Contudo, o Ministro Relator, Carlos Britto, fundamentou quase toda sua decisão nas questões da plenitude de direito, sobredireitos e direito absoluto acima de todos os direitos, além de interpretar o art. 220 da CF como uma exigência de que não se tivesse uma legislação infraconstitucional para complementá-lo. Essa questão foi criticada principalmente pelos ministros que votaram pela improcedência parcial da ADPF, sendo feitas algumas ressalvas daqueles que acompanharam o voto do relator:

> Com todo o respeito e admiração à visão exposta pelo eminente relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não podem ser colocada a expressão adotada pelo eminente relator, num “estado de momentânea paralisia” para o pleno usufruto de um deles individualmente considerado. A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Excelência, representaria e a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra, de terceiros.

No decorrer do julgamento, esse equívoco de interpretação defendida pelo relator (e muitas vezes não abordada pelos ministros que acompanhavam o voto), de que a liberdade de imprensa é um direito acima de outros direitos, foi sendo afastada pelo Tribunal. Sabe-se que esses princípios devem ser interpretados em harmonia com outros princípios, como por exemplo, aqueles do art. 5º, da Constituição que garantem a vida privada, intimidade, honra e imagem da pessoa.

Assim, não há dúvida que a decisão pela não recepção da Lei de Imprensa é paradigmática, pois o principal argumento do relator – de que qualquer lei infraconstitucional que existisse era inconstitucional – não foi aceito em sua totalidade. Ou seja, a hipótese central - segundo a qual a Lei de Imprensa não era compatível com a Constituição e feria algum preceito fundamental – foi derrubada.

Outro ponto importante da votação é que a Lei de Imprensa tratava de forma bastante completa/exauriente a questão do direito de resposta nos casos de abuso da liberdade de imprensa, abordando o seu cabimento, a forma como teria que ser exercido, a legitimação para o pleito, quando seria negado[27], o prazo para a publicação pelos meios de comunicação e até o prazo para a tomada da decisão judicial. Muitos ministros, com a devida vênia, não analisaram exaustivamente essa questão de extrema importância. Com efeito, diante de tanta possibilidade na efetivação do direito de resposta, não é possível que os ministros tenham entendido que a Constituição, no art.

---

[27] <http://leonardi.adv.br/2012/05/revista-veja-e-condenada-a-dar-direito-de-resposta/ > é sabido por todos que o direito a resposta tem que ser o mais rápido possível como estava disciplinado na própria lei, pois somente desta forma cumpre-se com o objetivo da norma. Neste caso da Revista Veja o direito a resposta veio 4 anos depois e em primeira instância. Pergunto, e agora esse direito é efetivo?? Obvio que não.

5º, V, assegure o direito de resposta proporcional ao agravo, além do direito de indenização por dano material, dano moral ou dano à imagem, e o mesmo estabeleça parâmetros suficientes para aplicá-lo, sem uma regulamentação infraconstitucional.

Outra questão que merece reflexão é a afirmação de que a lei seria arbitrária e com um "nítido viés autoritário". O diploma em comento, como já afirmado, nasceu em plena ditadura militar e contém alguns enunciados obscuros que, no entanto, poderiam ser facilmente acolhidos juridicamente, como bem mostrou o Procurador-Geral da República na ADPF. Porém, no contexto geral, a lei é totalmente aplicável no nosso mundo jurídico, como ocorre na questão dos crimes de imprensa, calúnia, injúria e difamação. Esses crimes têm exatamente a mesma pena mínima que a prevista no Código Penal. Vale a pena, ainda, lembrar que a maioria dos crimes mencionados admite transação penal se o autor da reportagem se apresentar à Justiça.

Dessa forma, a mesma lei tinha garantias que atendiam necessidades peculiares da profissão, aumentando as causas de exclusão da ilicitude penal, ou na questão em que a competência jurisdicional, para entrar com processo, era no lugar onde foi produzida a matéria e não onde foram produzidos os efeitos[28]. Isso impedia a distribuição de processos pelo país, beneficiando principalmente os jornais pequenos[29]. A Lei de Imprensa ainda

---

[28] Bispos da Igreja Universal entraram com inúmeras ações contra o Jornal Folha de São Paulo, Extra, O globo e também contra a jornalista Elvira Lobato por ter feito matéria descrevendo as milionárias atividades do Bispo Edir Macedo. O que impressiona é que as petições na maioria das vezes eram as mesmas, ou seja, uma investida contra o jornalismo, liberdade de expressão e o direito do cidadão a informação. A repórter Elvira Lobato teve que prestar depoimentos nos mais diferentes lugares do país. Só mais um exemplo do que corriqueiramente acontece no país. Fonte: < http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/intimidacao-e-mafe>

[29] Não só jornais pequenos mais também os jornalistas que escrevem em blogs. Elvira Lobato teve todas as despesas custeadas pelo jornal folha de São Paulo, mesma sorte não teve o Jornalista Fabio Panuzzio, Rede Bandeirantes, criou um blog em 2009 e jamais aceitou patrocínios. Foi processado inúmeras vezes, sem êxito. Contudo, ele teve que se deslocar para o local do processo, contratar advogado, e gastar um dinheiro que não recebia por escrever no blog. Até que a gota d'água foi ser processado pelo secretário de segurança de São Paulo que pede uma indenização milionária, então, Panuzzio desistiu de escrever no seu blog. Segue uma frase dele: "Escrevo depois de semanas de reflexão e com a alma arrasada"... "especialmente por que isso representa uma vitória dos que se insurgem contra a liberdade de opinião e informação". Fonte: < http://portal.comunique-

estabelecia que para indenizar era preciso a ocorrência de dolo ou culpa. No entanto, sem a existência dessa lei, o Judiciário vê-se obrigado a aplicar o Código Civil, como já está acontecendo, estabelecendo assim o dever de indenizar independentemente de culpa.[30] Ou seja, para a imprensa, a não recepção da supracitada lei apenas gerou insegurança jurídica, já que a mesma trazia mecanismos de proteção.

Logo, a questão que surge é: se a lei não fere qualquer preceito constitucional e se o argumento do ministro relator foi desconstruído, então por que preferir o vácuo jurídico e acolher a ADPF em sua integralidade? Com essa decisão, a Corte deixou importantes institutos sem uma legislação específica, tais como o direito a indenização e o direito de resposta que era tratado de forma bastante completa, porque tratavam desde o cabimento da ação até o prazo para a tomada da decisão judicial. Parece que a ADPF foi acatada mais por uma questão simbólica do que por questões jurídicas, como defenderam os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Com base no entendimento de Bourdieu, campo é um espaço estruturado que tem suas regras, princípios, valores e relações de desigualdade. No caso em questão, o campo é o jurídico, do qual fazem parte o Supremo Tribunal Federal e seus Ministros. Dentro desse campo social, travam-se disputas em que os membros tentam impor suas ideias e autoridade bem como impor seus conhecimentos para os demais membros como verdades absolutas. Acontece que esses atores não são isentos de sentimentos e experiências vividas. Por mais que tentem fundamentar suas decisões com certa racionalidade, vez ou outra elas expressam dor, alegrias, tristezas, momentos vivenciados (SANTOS, p. 7).

Não é difícil averiguar que a maioria dos Ministros viveu na época da ditadura e lutou contra ela. Nesse diapasão, é fácil constatar que para eles a

---

se.com.br/index.php/editorias/41-jornal-imprenca-por-japiassu/69937-de-como-o-jornalista-fabio-pannunzio-desistiu-de-escrever-um-dos-melhores-blogs-do-brasil.html>

[30] Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, 28/11/2007, aplicou a teoria da responsabilidade objetiva e condenou a empresa jornalística que divulgou fotografia de residência, equivocadamente, vinculando-a a uma casa de prostituição.

liberdade de expressão é um direito a ser preservado de maneira plena.[31] Registre-se ainda que é praticamente impossível uma neutralidade em qualquer ciência humana (SANTOS, p. 14), porém, os participantes desse campo tentam transmitir a ideia de que toda decisão é totalmente independente de qualquer força externa ou interna.

Faz-se necessário então começar a discussão dos direitos fundamentais objeto da ADPF, os direitos a liberdade de informação e os direitos de personalidade.

2 COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO *VERSUS* DIREITOS DE PERSONALIDADE.

Para tratar o tema da colisão de direitos, é importante estabelecer, inicialmente, um dos principais parâmetros para essa colisão, que é a dignidade da pessoa humana como princípio matriz, previsto no art. 1º, III, CF. Como afirma Luís Antonio Rizzato, a dignidade da pessoa humana "é o primeiro fundamento e o último arcabouço" (NUNES, 2002).

Portanto, esse princípio está ligado diretamente aos direitos e garantias fundamentais, inerentes à personalidade. Neste sentido, ainda que uma pessoa seja membro de uma sociedade, não pode ter seu valor pessoal sacrificado, simplesmente, em nome de um valor da comunidade, ou por causa de um grupo de pessoas desta comunidade (FARIAS, 2008, p. 59).

Dentro desse panorama, faz parte da evolução do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana a ideia de Kant que dispõe:

> no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, então ela tem dignidade. Esta apreciação dá, pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (*apud*, SARLET, 2010, p. 38).

---

[31] Ministros foram monitorados pela ditadura militar por se oporem a ela, Ministro Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Carmém Lúcia, Ricardo Lewandowski. <http://www.conjur.com.br/2012-out-14/documentos-mostram-regime-militar-monitorou-atuais-ministros-stf>

Como se percebe, o que há é a vedação da disponibilização do indivíduo como objeto, a utilização da pessoa como meio para alcançar um determinado objetivo, usá-la como instrumento para um determinado fim, principalmente se este for pecuniário. No campo nacional, Miguel Reale afirma "que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal" (*apud* MENDES, 2007, p. 140). O legislador originário preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, com a intenção de que eles fossem um parâmetro/desdobramento da mesma. Sua existência, como princípio, não é apenas conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo o caráter humano que traz em seu bojo. Assim, a dignidade da pessoa humana é considerada por muitos doutrinadores e juristas como o princípio de maior hierarquia constitucional, bem próximo da importância do direito à vida (SARLET, 2010, p. 95).

Não se está afirmando, de forma alguma, que o direito à dignidade da pessoa humana tem caráter absoluto, como bem explica Alexy, (*apud* SARLET, 2010, p. 156) mas aponta-se que, dependendo do caso concreto, pode ser tratado como princípio e em outros momentos como regra. Assim, quando interpretado como princípio, haverá uma margem para admitir certas práticas ou existência de uma violação, que pode ser relativizada; já enquanto regra, não admitirá exceção e juízo de valor.

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser observada como uma baliza na interpretação constitucional, juntamente com os direitos a liberdade, democracia, igualdade e do respeito aos direitos individuais (MENDES, 2007, p. 143). O principal objetivo desse princípio é proteger o cidadão de degradação diante dos seus pares e também do interesse do próprio Estado. Os direitos fundamentais servem para proteger os indivíduos e as minorias da opinião das maiorias, para garantir que sua opinião seja respeitada independente de qual seja ela.

Os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, isto é, aqueles que dão ao indivíduo o seu verdadeiro papel na sociedade, a própria noção de pessoa. Protege os bens próprios dessa pessoa como: direito à

imagem, direito a honra, direito a intimidade e a vida privada. Esses direitos têm variações de acordo com a comunidade, grupos, culturas. O que no Nordeste do país é intolerável, no Sul pode ser comum.

Podemos então conceituar o direito à honra como um direito à reputação diante de si próprio e do meio social em que se vive, no entanto isso “não quer dizer que apenas notícias agradáveis sejam licitas” (MENDES, 2007, p. 363). Esse direito, no entanto, é limitado, ou seja, a informação sobre determinada conduta pode ser divulgada mesmo que denigra a imagem da pessoa, desde o esse assunto seja de interesse público, como os fatos criminosos.

No direito à imagem, vale frisar, no que se refere ao inciso X, do art. 5º, há uma relativização quando se trata de pessoa que se dedica à vida pública. Afinal, o grau de proteção ao direito à imagem da pessoa comum não pode ser o mesmo que da pessoa pública e notória, principalmente das pessoas que vivem da fama. Assim, seu maior ou menor grau de relativização dependerá da categoria pública do titular, pois um jornalista não poderá ter sua privacidade tão devassada quanto a de um participante do programa de TV chamado Big Brother Brasil - BBB. Mesmo assim, não se pode intervir na vida familiar, assuntos íntimos e dados pessoais, apenas se isso for objeto de interesse público.

No que se refere aos direitos a intimidade e a vida privada[32], não se tem a intenção de diferenciá-los. A intimidade e a vida privada fazem parte do direito a privacidade. O que se faz/fala entre quatro paredes não interessa a ninguém da sociedade se está relacionado a acontecimentos meramente pessoais. A regra é que há interesse público nessas informações.

Tércio Sampaio Ferraz ensina o que são direito de personalidade:

> um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em

---

[32] invasão de privacidade de programa humorístico de TV que colocou guindaste na frente do apartamento da Atriz Carolina Dieckman, filmando dentro de seu apartamento, inclusive expondo o seu filho. No mesmo sentido segue o voto: “ no caso prepondera a intimidade da agravada, pois aéem de ser atriz e possuir vida pública, a sua vida privada e de sua família, principalmente a de seu filho deve ser preservada, em detrimento da exposição desnecessária, sem intuito jornalístico ou de informação”

> trânsito no país; cujo o conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais a lhe disserem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular (*apud* MENDES, 2007, p. 368).

Para Luís Roberto Barroso (2003, p. 81), outra característica dos direitos de personalidade é que nem sempre a violação produz um dever de indenizar. Às vezes, apenas o direito de resposta é suficiente para reparar porque não há dano moral.

Várias questões que são tratadas como colisão de direitos configuram apenas uma colisão aparente. Canotilho afirma que uma verdadeira colisão é quando se tem o "exercício de um direito individual afetando diretamente o exercício de outro direito individual" (*apud*, FARIAS, 2008, p. 105), ou seja, direito a liberdade de expressão (art. 220, CF) e o direito a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem (art. 5º, X).

Como ensina Gilmar Mendes (2007, p. 333):

> não se pode negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de norma de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a constituição como complexo normativo unitário e harmônico

Nesta perspectiva, o Estado tem inclusive o dever de gerar mecanismos para fortalecer os meios de comunicação e dar pleno acesso aos cidadãos. Isso quer dizer que a liberdade de expressão, como direito fundamental, tem dupla dimensão: subjetiva (direito negativo), que é proteger os cidadãos do Poder do Estado, ou seja, proteger o cidadão de intervenções externas, e a dimensão objetiva, também chamada de liberdade positiva, que envolve o "fazer", uma implementação para melhorar essa liberdade.

A liberdade de expressão constitui uma das características das atuais democracias, pois contribui para a formação de uma opinião pública/cidadania, encontrando legitimidade em outro fundamento da Carta Constitucional: o pluralismo político. A liberdade de expressão é a liberdade de expressar uma opinião, juízo de valor, de construir uma ideia.

Já a liberdade de imprensa recebeu tratamento específico no art. 220, CF, ou seja, é o direito de comunicar um fato, de se expressar por meio de jornais/meios de comunicação e está dentro da liberdade de expressão em sentido amplo. Esses direitos têm uma dimensão eminentemente coletiva, mesmo que se incorpore a tese de que nesse assunto não se tem a liberdade de legislar e que qualquer conflito ficaria a cargo do Judiciário nos casos concretos. Independente de qualquer coisa, a liberdade de expressão encontra limite na própria Constituição, no que se refere aos direitos de personalidade acima referidos.

Um dos requisitos da liberdade de imprensa é que se noticie apenas o que é verdade. Esse requisito é no sentido de que o jornalista tem que agir com diligência na hora de apurar e escrever os fatos que vai tornar públicos, já que, devido ao estado atual dos meios de comunicação, seria quase impossível noticiar com cem por cento de exatidão (BARROSO, 2003, p. 76). Hoje, os melhores jornalistas são aqueles que conseguem noticiar os fatos com rapidez, já que as informações circulam com extrema velocidade.

Esses dois princípios são da mesma categoria. Não há hierarquia entre eles, o que quer dizer que é quase impossível estabelecer, doutrinariamente, uma regra abstrata e permanente de prevalência de um sobre o outro (BARROSO, 2003, p. 64). Aqui vão alguns balizamentos que o jurista Edilson Pereira Farias estabeleceu:

> abstrato da liberdade de expressão e comunicação, estabelecem-se certos requisitos: (a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração preferente da liberdade de expressão e comunicação quanto essa liberdade quando essa liberdade se referir ao âmbito inter privado dos assuntos ou sujeitos; (b) o cumprimento do limite interno da veracidade (atitude diligente do comunicador, no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade, ou que seja falsa perde a presunção de preferência que tem a seu favor.

Para o legislador infraconstitucional, nem sempre é uma tarefa tranquila estabelecer parâmetros que não confrontem com a opção constitucional. Há direitos dos quais a Constituição autoriza expressamente a

restrição. Em outros momentos, é a doutrina majoritária que estabelece a necessidade de atuação do legislador. O Poder Legislativo não pode arbitrar diretamente, de forma exaustiva, os direitos fundamentais, pois uma regra que estabeleça predominância de um determinado direito afrontará diretamente a CF. O legislador tem que se limitar a estabelecer regras gerais e os valores a serem considerados no caso concreto (BARROSO, 2003, p. 65).

Luís Roberto Barroso (2003, p. 57) estabelece três etapas para ponderar uma colisão de direitos. Em um primeiro momento, o importante é detectar quais as normas constitucionais conflitantes e quais os interesses e atores. Em um segundo momento, examinam-se os fatos e tudo o que está por trás do caso. Nesse momento é que os princípios e as regras colidem. Pode-se "apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência" (BARROSO, 2003, p. 68). Por último, todas as possibilidades serão assim examinadas de forma conjunta, para poder estabelecer os pesos a serem atribuídos no caso concreto, ou seja, decide-se qual grupo de normas deve prevalecer e em detrimento de quais direitos.

É importante também analisar se os fatos divulgados eram verdadeiros, se o meio para obter a informação era lícito, se a pessoa era pública (agentes públicos, artistas, atletas), onde aconteceu o fato (rua, praça, casa), natureza do fato (desabamento, crimes), existência de interesse público na divulgação dos fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos (BARROSO, 2003, p. 79). Todos esses pontos têm que ser analisados para chegar ao direito que deve ser preservado e como será sua proteção.

Assim, importante ressaltar que, independentemente de qualquer coisa, a liberdade de expressão encontra limite na própria Constituição, no que se refere aos direitos de personalidade, pois não existe em abstrato qualquer direito fundamental hierarquicamente superior.

Os conceitos supramencionados são importantes para entender os liames do problema e conectá-los com os meios de comunicação que abordaremos a seguir.

3 MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A OCORRÊNCIA DAS CATEGORIAS SIMBÓLICAS

Uma liberdade, tal como o direito a informação, deve ser exercida com responsabilidade. Uma coisa é a liberdade; outra coisa é o abuso dela. Uma coisa é exercer um direito; outra coisa é o abuso dele.

Durante o século XIX, quando se estabeleceu o Estado de Direito, que tem como objetivo colocar um freio nas liberdades e nos poderes do Estado, a imprensa surge como um contra-poder, assumindo o papel de conter os outros poderes estatais e fiscalizar a atuação deles. Quando a imprensa passa uma informação para o público, ela ao mesmo tempo limita o poder da autoridade e dificulta os abusos provenientes do poder.

A imprensa e os meios de comunicação são temas caros à teoria de Bourdieu. Poder simbólico é a capacidade de transformar a sociedade por meio de palavras: um objetivo da liberdade de expressão (BOURDIEU, 2007, p. 15).

Não é sem razão que a população em geral considera a imprensa como um quarto ou quinto poder (PINHEIRO, 2012, p. 1). É expressão do poder simbólico da imprensa a crença de que o jornalismo protege a democracia.

Os meios de comunicação também exorbitam de suas funções, até porque nada é livre de influência. Os jornalistas têm suas concepções, têm suas preferências políticas, sua cultura, sua religião, valores estes calcados no decorrer da sua existência. Então, desde a área em que atuam até o momento em que escolhem uma matéria em detrimento de outra, exercem uma opção pessoal, seja para o lado do amor ou do ódio. Isso quer dizer que até a definição de uma pauta jornalística não é livre de preferência, ou seja, totalmente desvinculada de qualquer valor. De forma abstrata, os jornalistas

são mesmos guardiões da democracia. Na prática, eles têm concepções e valores que influenciam na transmissão/publicação desse poder.

Como afirma Marcio Achtzchin:

> impossível uma neutralidade e universalidade em qualquer ciência, exata ou humana, aplicada ou não. Como qualquer outro, o campo jurídico é uma construção histórica e, apesar de uma dinâmica própria, tem conexões com outros campos de poder, servindo a interesses bem definidos de classes e grupos

A imprensa pode cometer abusos. Quando isso acontece, o que é um direito torna-se uma arbitrariedade. A imprensa, nos dias de hoje – quando a informação alcança todas as camadas da sociedade e se alastra na velocidade da luz –, tem um poder quase absoluto. Então, quando o exerce de maneira irresponsável, pode até acabar com vidas, reputações e violar os direitos mais intrínsecos do cidadão.

Neste ponto, é importante lembrar o famoso caso da Escola Base - SP, onde o repórter se preocupou mais com o furo jornalístico do que com a seriedade do trabalho, e assim se alastrou como um verdadeiro espetáculo na imprensa brasileira. O fato aconteceu em 1994, quando acusaram professores de manter relações sexuais com alunos. O caso surgiu pela ação arbitrária de um delegado que investigava uma falsa denúncia que acabou sendo publicada como verdadeira. Eis algumas manchetes desse caso: “Monstro da Escola”, “Escola dos Horrores”, “Kombi era Motel na Escolinha do Sexo”. O mencionado policial indiciou o casal (dono da escola) por atentado violento ao pudor e formação de quadrilha. Tempos depois, os envolvidos foram inocentados, mas suas vidas já estavam destruídas (LIMA, 2012, p. 1). Para o dono, três infartos na época e, para a esposa, crise de pânico desde então. Embora os acusados tenham ganhado indenizações pelos danos psicológicos e materiais, fica a pergunta: será que foi suficiente? será que conseguiu diminuir pelo menos um por cento dos danos causados? E como ficaram os meios de comunicação?

Nesse caso específico, é impressionante como se descumpriu pelo menos uma dezena de vezes o código de ética do jornalista[33]. Por essa razão, a vida globalizada de hoje exige sim uma postura mais responsável dos jornais, tanto os impressos quanto as emissoras de rádio, redes de televisão, sites de notícias etc.

A seguir, apresentaremos um quadro com trechos dos votos dos Excelentíssimos Ministros do STF sobre a ADPF 130:

	Meios de Comunicação
Relator Min. Ayres Britto	"a relação de proporcionalidade entre o dano moral e material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade" "Na esfera penal, o esquadro jurídico-positivo também não pode ser de maior severidade contra jornalistas." A luz da CF que tanto favorece não cabe sequer falar de um destacado sistema penal na matéria" "Não se pode distinguir entre o agravado agente público e o agravado agente privado"
Voto-Vista Min. Menezes Direito	Aprovo o recebimento de indenização, cabendo-lhes provar a existência de "malícia efetiva", isto é, prova de que os jornalistas foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa....
Min. Carmen Lucia	A responsabilidade da imprensa e de seus profissionais há de ser cuidada segundo os princípios constitucionais que informam este princípio basilar da convivência democrática e que não pode onerar diversamente aqueles que, no desempenho de função que lhes é próprio, haveria de responder segundo as normas validas em igualdade de condições jurídicas com todos os outros profissionais. Não há razão plausível jurídica para que a indenização seja maior que a do cidadão comum

[33] O inciso VI, do artigo 6°, diz que "é dever do jornalista não colocar em risco a integridade das fontes e dos profissionais com quem trabalha"

	Meios de Comunicação
Min. Joaquim Barbosa	Os arts. 20, 21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação maior o dano.
Min. Ellen Gracie	Eu sigo a linha agora inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa por também entender que a ofensa proferida por intermédio de meios de comunicação, quando maior for a sua expressão
Min. Marco Aurélio	"O entendimento de que os crimes de imprensa devem ser tratados pelo código penal implica em reduzir substancialmente o generoso e complexo universo da liberdade de informação que abrange direitos e garantias merecedores das atenções e cuidados de um diploma especial melhor adequado às peculiaridades da matéria"
Min. Celso de Mello	"...isso não significa contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, pois o direito a liberdade de expressão que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prevista definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores intangibilidade a própria constituição da república deseja ser preservada"
Min. Gilmar Mendes	"...os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de dificílima reparação total" "há um desequilíbrio - e há muitas vezes - na relação da imprensa e o Estado. Muitas vezes, isso pode ocorrer. Mas há também uma relação de desequilíbrio, muitas vezes, entre a imprensa e o cidadão; nas mais das vezes é isso que ocorre. O poder da imprensa hoje é quase incomensurável. A mídia em face da própria mídia, é a mídia em face do cidadão, mais do que a relação entre a mídia e o Estado, foco da nossa abordagem" "é tão evidente - que a desigualdade entre a mídia e o indivíduo é patente - a desigualdade de armas que se cuida. Se alguém já tentou exercer o direito de resposta sabe o quão difícil é isso." Muitas vezes vem a destempo, quando os fatos já caíram no olvido completo.

Todo o respeito com a opinião do Ministro Relator Ayres Britto, mas a imprensa não pode ter um tratamento penal preferencial, principalmente no sentido de ser mais brando que o da pessoa comum. Isso não é uma forma de “discriminar”, diminuindo o apoio incondicionado para o seu agir, como afirma o ministro Ayres Britto, mas sim uma maneira de garantir a aplicação dos direitos de personalidade. Como afirma o Ministro Gilmar Mendes, esse tipo de abuso é de dificílima reparação, sem contar que a relação é de total desequilíbrio, pois não se pode comparar a força da imprensa com a da pessoa física.

Na era da globalização, não é difícil ver uma pessoa sendo endeusada em um momento e massacrada em outro, isso tudo pela população, pelo cidadão no exercício da sua liberdade de expressão, da cidadania, por informação da imprensa. O que estamos falando aqui é muito mais grave, pois se trata de jornalista, a profissão, e de um meio de comunicação, ou seja, um equipamento (atividade empresarial) que tem, pelo menos em um primeiro momento, responsabilidade/idoneidade no que se está publicando.[34] Outra característica do poder simbólico é que seus destinatários reconhecem a autoridade e a legitimam, ou seja, acreditam na informação noticiada. Quanto mais pessoas acreditarem, maior será o poder simbólico.

Com a capacidade única de produzir e transmitir capital simbólico (BOURDIEU, 1997, p. 51), os meios de comunicação tornaram-se atores do processo de cidadania e de influência no processo político. Eles usam do capital simbólico como forma de alcançar o poder, de modificar o pensamento e influenciar nas concepções da sociedade.

O capital simbólico transforma-se em poder simbólico, que é a crença de que os meios de comunicação de massa são imprescindíveis para a democracia, cidadania (BOUDIEU, 1997, p. 58). Essa é uma violência simbólica, neste sentido:

> se quero saber hoje o que diz determinado jornalista, o que ele achará evidente ou impensável, natural ou indigno dele, é

[34] Ministro Gilmar Mendes pediu para a PGR abrir inquérito por calúnia, injúria e difamação contra a carta capital por afirmar receber 185 mil reais do chamado mensalão mineiro em 1999 quando era advogado geral da União sendo que ele só tomou posse em 2000.

> preciso que eu conheça a posição que ele ocupa nesse espaço, isto é, o poder específico que possui seu órgão de imprensa e que se mede, entre outros indícios, por seu peso econômico, pelas fatias de mercado, mas também por seu peso simbólico, mais difícil de quantificar

Analisando essa questão sob o olhar do sociólogo Pierre Bourdieu e suas considerações pelas ciências jurídicas, chega-se à conclusão de que existem grupos de dominação e reprodução de valores. Para uma decisão jurídica ser correta, é necessária a consciência das disputas de poder envolvidas.

Da mesma forma que os meios de comunicações têm seus grupos de dominação, nem sempre uma decisão mostra as verdadeiras razões pelas quais foram tomadas. Os juízes, às vezes, tomam a decisão primeiramente e depois montam os argumentos que a fundamentam, dissimulando assim a real motivação. Bourdieu não olha só para como se interpreta o direito, mas também quais as repercussões que isso tem na prática.

O poder simbólico, invisível, “só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos” (BOURDIEU, 2007, p. 7). O detentor de um poder simbólico, quando exerce com arbitrariedade, de forma usurpada, pratica violência simbólica.

Analisando a decisão da ADPF 130 e a questão dos meios de comunicação, tem-se como predominante o exercício da “violência simbólica”.

Os meios de comunicação e jornalistas, quando não se enchem de precaução em suas publicações, quando se locupletam de amores e ódios e não transmitem uma informação da forma mais isenta possível, praticam violência simbólica. Essa violência só pode ser detectada no caso concreto, quando se veem com maior clareza os direitos violados.

A imprensa, quando extrapola a sua competência, quando não age de acordo com as regras e a diligência necessária, termina violando direitos inerentes à dignidade da pessoa humana; então, o poder simbólico,

imperceptível e invisível, impõe a pratica como legítima e contribui para a dominação vigente.

> O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto mundo, poder quase mágico que permite o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2007, p. 14).

A principal característica da violência simbólica é que as pessoas envolvidas nessa opressão acreditam que a situação é legítima e natural, não percebendo que estão sendo vítimas desse processo, pois é inevitável. A violência simbólica está presente no "senso comum". Importante destacar que essa violência simbólica não é exercida apenas por um único ator.

É nesse momento que se percebem os abusos da imprensa. A sociedade, achando "tudo bem" em endeusar uma pessoa em um momento e no outro a escrachar, não reporta simplesmente a informação, mas julga, pré-julga e distorce fatos. Nesse caso, não se tem o mínimo zelo em verificar a veracidade das informações, se é relevante e de interesse público.

O poder dos meios de comunicação é tão grande que pode criar uma realidade inexistente, montar fatos desconexos sob uma aparência de realidade, principalmente nos dias de hoje, em que se percebe uma certa homogeneização da informação. Basta acessar vários sites e perceber que não se deram nem ao trabalho de parafrasear, fazendo um verdadeiro copia e cola. Sendo assim, toda vez que a imprensa publica fatos, sem ter agido com aquela diligência que deve ser exigida na investigação deles, deve ser responsabilizada por esse desvio ético.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito veio para estabelecer parâmetros para todos os três poderes. A Constituição deixa claro que não há nenhum direito ou garantia absoluta, que prepondere diante de outras. Logo, não há plenitude

de direito e muito menos sobredireitos. Em um país livre, não se pode reconhecer a plenitude do direito a informação e esquecer os direitos de personalidade, causando consequências sobre a pessoa sob o argumento da liberdade de informação.

Em vista disso, o direito tem que contribuir para a ocorrência da justiça, da paz social, e de todos os fundamentos em que se calca a Constituição. Para alcançá-los, o Legislativo tem que fornecer ao Judiciário ferramentas que o permitam proferir decisões as mais corretas possíveis. E de forma errônea, o Supremo não recepcionou a lei de imprensa, deixando um vácuo jurídico. É dever do Estado respeitar a liberdade de expressão e impor limites ao seu exercício com vista a melhorar a qualidade do debate e respeitar os direitos de personalidade.

O Supremo Tribunal Federal é importante sujeito do campo jurídico. Por meio dos seus ministros, detentores do poder simbólico, exerceu-se, no julgamento estudado, a violência simbólica. Os detentores da interpretação e aplicação da Constituição não utilizaram da melhor forma possível os instrumentos disponíveis para decidir, deixando-se levar por questões pessoais.

Em face do exposto, ficou claro que a decisão do Supremo Tribunal foi insuficiente de fundamentação e que alguns institutos da Lei de Imprensa deveriam ter sido preservados. Isso porque, como insistiu o Ministro Gilmar Mendes, não se deve legislar para restringir os direitos fundamentais, mas sim para garanti-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Reinaldo. Sim, jornalismo precisa de cuidado para não servir ao crime organizado e àqueles que querem desmoralizar a democracia. Disponível em: < http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/sim-o-jornalismo-precisa-tomar-cuidado-para-nao-servir-ao-crime-organizado-e-aqueles-que-querem-desmoralizar-a-democracia/>; acesso em: 01 set 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2012.

________, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais 130/DF. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 01 de abr de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, vol. 16, p. 59-102, outubro a dezembro de 2003.

BOURDIEU. Pierre. O poder simbólico. Tradução Fernando Tomaz, 10 ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2007.

___________, sobre a televisão seguido de influência do jornalismo e jogos olímpicos. Tradução Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1997.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Liberdade de Expressão e Direito à honra: Uma nova abordagem do Direito Basileiro. Joinville-SC: Bilbung, 2010

FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de Direitos: A honra, intimidade, a vida provada e a imagem Versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

LIMA, de Raymundo. Delação e escola: o caso da escola base. Disponível em: < http://asp-meusdireitos.blogspot.com.br/2009/04/delacao-e-escola-o-caso-da-escola-base.html>;acesso em: 01 set 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva. 1a Ed, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo, Saraiva, 2002.

PINHEIRO, Jorge. Quarto ou Quinto Poder?. Disponível em: http://profjorgepinheiro.blogspot.com.br/2007/11/quarto-ou-quinto-poder.html. acesso em: 01 set 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SANTOS, Marcio Achtschin. Uma Leitura do Campo Jurídico em Bourdieu. Disponível em: <http://www.fenord.com.br/revistafenord/revista_topicos/Umaleituradocampojuridicopag86.pdf>. acesso em: 01 set 2012

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TOCANTE A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Nivea Adriana da Silva Orso[35]
Sidraque David Monteiro Anacleto[36].
DOI 10.11117/9788565604086.06

RESUMO: O artigo aborda a teoria do Poder Simbólico desenvolvida por Pierre Bourdieu e suas demais categorias teóricas na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Apresenta como hipótese a possível atuação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão fiscalizador do Poder Judiciário, num contexto de violência simbólica, diante da análise das manifestações apresentadas, que, por meio do discurso, procuram dissimular o exercício do Poder Simbólico.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça. Poder disciplinar. Poder regulamentar. Campo jurídico. Poder simbólico. Violência simbólica.

ABSTRACT: The article discusses the theory developed by Pierre Bourdieu's Symbolic Power and its other theoretical categories in the analysis of Direct Action of Unconstitutionality No. 4638, filed by the Association of Brazilian Magistrates - AMB. It presents the hypothesis as possible role of the National Council of Justice, as the supervisory body of the judiciary in the context of symbolic violence, before the analysis of events presented, which, through discourse, seeking to conceal the exercise of Symbolic Power.

KEYWORDS: National Council of Justice. Disciplinary power. Regulatory power. Legal field. Symbolic power. Symbolic violence.

---

[35] Mestranda em Direito pelo UniCEUB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania do Programa de Mestrado da Escola de Direito do IDP. E-mail: niveaorso@hotmail.com.
[36] Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania do Programa de Mestrado da Escola de Direito do IDP. Professor da graduação no mesmo Instituto com a disciplina Processo de Conhecimento. Procurador Legislativo da Câmara Legislativa do Distrito Federal desde 1993. E-mail: sid.anacleto@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O artigo aborda a aplicação da teoria de Pierre Bourdieu sobre o Poder Simbólico na análise do comportamento dos atores envolvidos no julgamento do referendo, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da medida liminar deferida monocraticamente pelo relator[37] na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638.

A ação, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, versa sobre a possível inconstitucionalidade da Resolução n° 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca dos ritos e das penalidades.

Discute-se, como problema central, em que medida a atuação do Conselho Nacional de Justiça, no exercício de sua competência regulamentar, ao editar normas referentes aos processos administrativos disciplinares contra magistrados, se deu num contexto de violência simbólica.

Como hipótese provisória, tem-se que a atuação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão fiscalizador do Poder Judiciário, desde a sua criação pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, expressa violência simbólica, especialmente na análise da ADI nº 4638. A violência simbólica estaria presente quando, por meio do discurso, os principais atores procurariam dissimular o exercício do Poder Simbólico.

O artigo está estruturado em quatro partes: i) o Conselho Nacional de Justiça, criação, poder normativo, problemas referentes aos limites de sua atuação e questões da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638; ii) os argumentos da autora, do Advogado Geral da União e a decisão do Supremo Tribunal Federal; iii) cotejamento das questões da ADI nº 4638 com Bordieu quanto ao campo, poder simbólico e violência simbólica; e iv) conclusão.

---

[37] O acórdão do julgamento do referendo da liminar está pendente de publicação em 10/11/2012. O processo encontra-se com vistas ao Procurador Geral da República para parecer.

Inicialmente, o artigo aborda a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 como uma etapa posterior ao processo de implantação de um sistema de controle administrativo do Poder Judiciário que se iniciara ainda na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 07, de 1977, por meio do extinto Conselho Nacional da Magistratura. Nesse tópico, indica o artigo outros questionamentos perante o STF quanto à própria criação e ao funcionamento do CNJ e por fim, destaca os mais relevantes aspectos referentes ao Conselho: poder normativo e limites a tal poder.

Avança o estudo com a identificação dos atores e dos argumentos principais deduzidos na ADI nº 4638, com destaque para os levantados pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB[38], pelo Advogado Geral da União – AGU[39] e pelo relator, Ministro Marco Aurélio, na decisão monocrática em medida cautelar.

Por fim, os argumentos mais relevantes são cotejados com a doutrina de Bourdieu quanto ao campo, ao poder simbólico e à violência simbólica, especificamente quanto à linguagem e as contradições no discurso.

2 CNJ - CRIAÇÃO, PODER NORMATIVO E PROBLEMAS (LIMITES)

A criação de órgão de controle, apesar de salutar, numa república e num Estado Democrático de Direito como o brasileiro, nem sempre é bem recebida por aqueles cujos atos serão sindicados, especialmente, quando tais agentes ocupam posição hierárquica diferenciada na estrutura administrativa, como os magistrados, que, além de órgãos do Estado, também são agentes políticos.

Obra do Poder Constituinte Derivado pós 1988, o Conselho Nacional de Justiça, com a função fiscalizatória do Poder Judiciário, segundo a doutrina, tem raiz mais antiga e alcança o regime constitucional anterior.

---

[38] Autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638/DF.
[39] Defensor da constitucionalidade do ato normativo impugnado nos termos do §3º do art. 103 da CF/88.

> Assegurada condigna situação aos magistrados, é indispensável que a correspondente responsabilidade pelo bom desempenho das funções do cargo possa ser efetivamente estabelecida. Assim, sem prejuízo ou absorção das atividades fiscalizadoras ou repressivas dos órgãos competentes das Justiças Federais e das Justiças dos Estados, é mister órgão superior ou Conselho Judiciário Nacional, a quem caiba intervir, dentro de determinados limites, para a supressão de irregularidades mais graves (...). Tal órgão, estruturado dentro do Supremo Tribunal Federal para manter a independência dos Poderes, exerceria ampla função censória, para prover prontamente quando mister[40].

A justificativa acima transcrita constava da Emenda Constitucional nº 7, de 12 de abril de 1977, outorgada pelo Presidente da República, à época, General Ernesto Geisel e integrara a proposta de criação de um órgão superior de controle sobre a magistratura, o extinto Conselho da Magistratura Nacional – CMN.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN - Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, posteriormente disciplinou as competências do Conselho Nacional de Magistratura, nos artigos 50 e 56[41], apontado por Flávio Dino como o precursor do CNJ (COSTA, 2001, p. 59).

Conforme assinala o autor (p. 59), a criação da Emenda Constitucional nº 07 foi a primeira manifestação nacional no sentido de se criar um instituto equivalente aos conselhos de controle europeus[42].

Após a consolidação do controle na LOMAN e superada a Constituição de 1967 com a Constituição cidadã, reiterados debates versaram acerca da necessidade da criação do controle externo do Judiciário.

---

[40] Justificativa da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

[41] Art. 50 - Ao Conselho Nacional da Magistratura cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, podendo avocar processos disciplinares contra Juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de Serviço.
[...]
Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:
I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;
II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;
III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

[42] Na Itália, *Consiglio superiore della magistratura*; em Portugal, *Conselho Superior da Magistratura*; e na Espanha, *Consejo General de Poder Judicial.*

No entanto, somente com a chamada reforma do Judiciário, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, o ideário do Conselho Nacional de Justiça concretizou-se.

O CNJ, descrito como **"**três letras que trabalham pela eficiência"[43]**,** é uma instituição que objetiva o aperfeiçoamento do trabalho do sistema judiciário no país, primando pelo controle e transparência administrativa e processual.

Segundo Sérgio Bermudes, embora o CNJ tenha sido aclamado como órgão de controle externo do Poder Judiciário, com poderes para "conter, punir e desfazer abusos dos juízes" (2005, p. 2), a literalidade do § 4º do artigo 103-B, da CF/88 limita a atuação do Conselho, *in verbis*:

> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura [...]

Há que se verificar que o controle se volta ao âmbito administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como à observância dos deveres dos magistrados, mas, no que concerne aos poderes jurisdicionais, estes não foram referenciados.

Para Manoel Jorge e Silva Neto, a criação do Conselho Nacional de Justiça suscitou discussões tão acirradas quanto os questionamentos acerca da súmula vinculante e observa: "a proposta quanto à existência de órgão de composição plural e fiscalizador de atuação de juízes teve de vencer enormes resistências para ser incluída no Texto Constitucional" (2008, p. 500).

Christiane Vieira, ao citar Joaquin Delgado Martín, afirma que a criação de um órgão colegiado e autônomo é um dos modelos de governo no Poder Judiciário nos Estados democráticos (PEDERSOLI, 2011, p. 46).

[43] Portal http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj, acesso em 3/11/2012.

Caracterizado pela autora como um órgão de inspiração europeia[44], o CNJ possui natureza administrativa e constitucional, sendo esta última decorrente da expressa previsão constitucional e a primeira, em razão das atribuições que lhes são conferidas.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a observação de Manoel Jorge quanto à importância de o legislador constituinte derivado atribuir ao CNJ o papel de "órgão efetivador dos princípios constitucionais da administração pública no âmbito dos tribunais" (SILVA NETO, 2008).

Para Bermudes, "A redução dos poderes do CNJ foi o meio encontrado para conciliar as correntes favoráveis e contrárias à criação dele, ou ao controle externo" (2005). Esclarece que há competência jurisdicional, no entanto, esta somente se fará presente quando da ocorrência de atos que transgridam deveres funcionais.

Sendo contrário à criação de um controle externo do Poder Judiciário, Bermudes indica que caberá ao Supremo delimitar o poder de agir do CNJ, em razão da alínea acrescida ao artigo 102, da CF, a qual determina como competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento de ações propostas em desfavor do CNJ.

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I - processar e julgar, originariamente:
> [...]
> r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

O prognóstico doutrinário se materializou com o ajuizamento de várias ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal, tendo por objeto inúmeras resoluções editadas pelo CNJ, o que resultou na delimitação dos poderes do Conselho pelo Supremo.

---

[44] A autora aponta o surgimento desse modelo após a Segunda Guerra Mundial, em especial, em países europeus, como "uma garantia da independência da magistratura face às interferências constantes do Ministério da Justiça (PEDERSOLI, 2011, p. 47).

A singular composição dos quadros do Conselho, formado por quinze membros, distribui-se entre nove integrantes do Poder Judiciário e, conforme alteração proposta pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009, dois representantes do Ministério Público (Estadual e da União), dois advogados e dois cidadãos. O mandato tem duração de dois anos, admitindo-se uma recondução.

O Conselho Nacional de Justiça é presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e os demais membros, após aprovação por maioria absoluta no Senado Federal, são nomeados pelo Presidente da República.

A pluralidade da composição dos integrantes do Conselho foi objeto de questionamentos perante o STF. No julgamento da ADI 3367, ao pugnar pela constitucionalidade da participação de não magistrados, o Ministro Cesar Peluso vislumbra a iniciativa como uma forma de se expurgar o corporativismo, senão veja-se:

> Pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder.

Os questionamentos acerca da constitucionalidade do CNJ remontam à sua criação. Na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3367, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a petição inicial apresentou como objeto:

> Inconstitucionalidade material da EC nº 45/04 que cria Órgão de “Formação Heterogênea” no Poder Judiciário, para exercer seu “Controle Externo”, com membros de outros Poderes, desrespeitando (a) tanto o Princípio da Separação e Independência dos Poderes, (b) como o Pacto Federativo, além de Inconstitucionalidade formal de parte de sua competência.

A ementa, resultante da ação ora mencionada, esclarece e delimita a natureza do CNJ, bem como firma a sua submissão ao Supremo Tribunal Federal, literalmente:

> 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.

Em análise aos votos proferidos na ADI ora mencionada, Nagib (SLAIB FILHO, 2005, p. 286) destaca trecho do voto divergente do Ministro Marco Aurélio, segundo o qual há que se zelar pela autonomia do Poder Judiciário.

> não podemos ser ingênuos de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no ofício judicante, que é exercido por homens e circunstâncias externas acabam por repercutir na formalização de decisões.

Superada a crise instalada com a arguição de inconstitucionalidade da criação do órgão, outro aspecto emerge com maior intensidade e relevância quanto à competência normativa do CNJ.

A competência normativa do Conselho, no âmbito institucional, conforme leciona Gilmar Mendes (MENDES, BRANCO, & COELHO, 2010, p. 990), refere-se ao poder de expedir atos regulamentares. Nesse sentido, destaca que tal atribuição se configura como objeto de grande polêmica. Ao citar os autores Lenio, Ingo e Clemerson (Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)), evidencia o descontentamento destes ao avaliarem ser inconcebível a permissão para que um órgão administrativo tenha poderes para expedir atos, quais sejam, resoluções, decretos ou portarias, com força de lei, cujas consequências possam recair, inclusive, sobre direitos fundamentais.

Nesse sentido, Nagib Slaibi Filho sustenta que a natureza dos Conselhos é puramente administrativa, evidenciando que "não exercem função legislativa no sentido de dispor normas para pessoas alheias às funções por eles supervisionadas nem exercem função jurisdicional, que tornasse intangíveis os seus atos ao crivo jurisdicional" (2005, p. 289).

Não obstante o papel controlador que ostenta, a autonomia do Conselho não é absoluta. Tal fato se verifica no limite imposto a sua atuação, predominantemente administrativa, e a dependência financeira e orçamentária, uma vez que vinculado ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto à discussão acerca da submissão do Conselho Nacional de Justiça ao Supremo Tribunal Federal, Mendes afirma, em observância a ADI 3.367, tratada anteriormente, que "enquanto órgão supremo, o STF não está submetido às deliberações do CNJ. Efetivamente, o regime político-disciplinar dos Ministros do Supremo Tribunal Federal está regido por normas especiais". Ressalta, ainda, que é competência da Suprema Corte o processo e julgamento de ações contra o CNJ e contra o CNMP, conforme disposição constitucional (CF, art. 102, I, r).

As resoluções do Conselho Nacional de Justiça, muitas vezes, se tornam palco para debates acerca dos limites de sua competência. Para Pedersoli (2011), a Resolução nº 03, de 16 de agosto de 2005, deu início a essa trajetória de embates.

Descreve a autora que a Resolução tratava da vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de 2ª instância, conforme enunciado constitucional (art. 93, XIII). Ocorre que a Resolução modulou os efeitos da norma, a fim de atender a solicitação dos tribunais, para período posterior às férias já marcadas para julho de 2005, mas frisando no art. 2º que, futuramente, estariam extintas as férias coletivas, em definitivo, observando-se o mandamento constitucionalmente previsto.

Assim, várias entidades representativas protestaram contra o enunciado e, de forma surpreendente, o CNJ, por meio da Resolução nº 24,

de outubro de 2006, resolveu restabelecer as férias coletivas, suspendendo o art. 2º da Resolução anterior, em gritante desacato à Constituição.

Somente após o julgamento da ADI 3823-DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Conselho Nacional de Justiça revogou a Resolução nº 24, dando cumprimento à ordem constitucional. Segue-se, abaixo, trecho da ementa:

> 4. Princípio da ininterruptabilidade da jurisdição.
> 5. As regras legais que estabeleciam que os magistrados gozariam de férias coletivas perderam seu fundamento de validade pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. A nova norma constitucional plasmou paradigma para a matéria, contra a qual nada pode prevalecer.
> Enquanto vigente a norma constitucional, pelo menos em exame cautelar, cumpre fazer prevalecer a vedação de férias coletivas de juízes e membros dos tribunais de segundo grau, suspendendo-se a eficácia de atos que ponham em risco a efetividade daquela proibição.
> 6. Suspensão, a partir de agora, da eficácia dos dispositivos do Ato Regimental n. 5, de 10 de novembro de 2006, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e da Resolução n. 24, de 24 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, mantendo-se a observância estrita do disposto no art. 93, inc. XII, da Constituição da República.

De modo diferenciado, com as Resoluções 7 e 59 e com a justificativa de zelar pela eficácia jurídica dos princípios constitucionais, o Conselho adotou o papel de legislador para, com a Resolução nº 7, determinar as situações que no entendimento do CNJ se configurariam como nepotismo e, no segundo caso, com a Resolução nº 59, criar regras para autorização de interceptações telefônicas.

Quanto à Resolução nº 7, foi proposta Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 12), cuja decisão liminar restou favorável ao CNJ. É o que se verifica em trecho abaixo transcrito:

> O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez

> adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.
> Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.
> A Resolução nº 59[45], cujo enunciado encontra-se em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4145, ainda não julgada, versa a respeito do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas. Segundo dados constantes no site do CNJ, "as informações, sistematizadas pelo Conselho, permitem a coleta de dados estatísticos sobre o assunto, ao mesmo tempo o sistema delimita o parâmetros sobre o que é interceptação legal e os limites da ilegalidade".

Constata-se que, novamente, as discussões versam sobre o Conselho Nacional de Justiça insistir em dar concretude direta a disposições constitucionais[46].

Tais questionamentos desaguam finalmente na ADI nº 4638, que tem por objeto a aludida Resolução nº 135, de 2011, que disciplinou o regime disciplinar dos magistrados.

3 OS ATORES E O COTEJAMENTO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELA AMB, PELO AGU E PELO RELATOR

Como anteriormente dito, o Conselho Nacional de Justiça editou, com base em sua competência regulamentar (art. 103-B, § 4º, inciso I da

---

[45] A Resolução Nº 59, de 09 de setembro de 2008, disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.

[46] Resoluções outras que geraram inúmeras discussões: - Resolução nº 6, de 13 de setembro de 2005, e a revogação pela Resolução 106, de 06 de abril de 2010. (promoção de magistrados), Resolução nº 8, de 29 de novembro de 2005 (expediente forense), Resolução nº 11, de 31 de janeiro de 2006, e a sua revogação pela Resolução 75, de 12 de maio de 2009. (conceito de atividade jurídica e seu cômputo) e Resolução nº 13, de 21 de março de 2006, e nº 14, de 21 de março de 2006. (fixação do teto remuneratório).

Constituição Federal), a Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011, publicada no DJ de 15/07/2011, com vinte e nove artigos, dispostos em quatro seções (disposições gerais, investigação preliminar, processo administrativo disciplinar e disposições finais). A resolução uniformizou as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados dispondo sobre o rito e as penalidades.

O colegiado, ao promulgar o aludido diploma, considerou tanto a discrepância normativa verificada entre as leis de organização judiciária dos Estados e os regimentos dos tribunais e resoluções em vigor, quanto a necessidade de sistematização da matéria em razão de sua relevância jurídica e social.

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4648, com pedido de liminar, contra a Resolução nº 135 arguindo vícios formais e materiais[47].

Da petição inicial destacam-se os principais argumentos elencados pela AMB quanto aos vícios de inconstitucionalidade deduzidos em face da Resolução nº 135, de 2011 do CNJ: i) formal do inteiro teor do ato normativo e ii) material do art. 12 e seu parágrafo único [48].

A impugnação integral da resolução, sob o vício formal, decorreria da incompetência do CNJ para tratar sobre as penas de censura, advertência, remoção, disponibilidade e aposentadoria, que estariam afetas aos Tribunais (CF, art. 96, incisos I e II) e ao legislador complementar (CF, art. 93, *caput*, incisos VIII e X), respectivamente. Tal assertiva decorreria da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais mencionados sob o enfoque da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN.

Estabelece o artigo 12 e seu parágrafo único da Resolução nº 135, de 2011:

---

[47] Petição inicial da AMB. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1381211#0%20-%20Peticao%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20Inicial. Acesso em: 5/11/2012.

[48] Foram impugnados, também, os seguintes dispositivos da Resolução nº 135, de 2011: nos arts. 2º, 3º, inciso V, § 2º, 4º, 8º, 9º, 10, 14, 15, parágrafo único, 17, *caput*, e incisos IV e V, 18, 20, *caput* e § 3º, e 21, parágrafo único.

> Art. 12. Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.
> Parágrafo único. Os procedimentos e normas previstos nesta Resolução aplicam-se ao processo disciplinar para apuração de infrações administrativas praticadas pelos Magistrados, sem prejuízo das disposições regimentais respectivas que com elas não conflitarem.

A inconstitucionalidade material do *caput* do art. 12 decorreria da inversão do sentido da norma constitucional quanto à atuação do órgão, que é restritiva, para uma competência concorrencial, em detrimento da competência originária dos tribunais. Quanto ao parágrafo único do mesmo dispositivo, nas palavras da AMB "o CNJ está impondo aos Tribunais a observância da sua Resolução em detrimento das normas editadas pelos Tribunais"[49].

A inversão do sentido da norma do texto constitucional ocorrida no *caput* do art. 12, que facultaria a atuação subsidiária do Conselho, permitiria o ingresso imediato do mesmo nos processos disciplinares contra os magistrados com fundamento na competência concorrente. O parágrafo único, por seu turno, estabeleceria "outra inversão de competência ao estabelecer que os Tribunais devem observar, primeiramente, a Resolução e subsidiariamente as normas de seus regimentos"[50].

Requereram o ingresso como *amici curiae* entidades de classe, grupo de senadores[51] e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES[52] e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho –

---

[49] Item 4, subitens XII e XIII da petição inicial da ADI nº 4638/DF, p. 3.
[50] Item 175 da petição inicial da ADI nº 4638/DF, p. 44.
[51] Senadores da República: José Pedro Gonçalves Taques, Demóstenes Lázaro Xavier Torres, Cristovam Ricardo Cavalcanti Buarque, Randolph Frederich Rodrigues Alves, Alvaro Fernandes Dias e Jarbas de Andrade Vasconcelos.
[52] Pedido de ingresso como amicus curiae da ANAMAGES. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1439701#11%20-%20Instru%E7%E3o%20-%20Requerimento%20-%20Amicus%20curiae%20(Peti%E7%E3o%2073642/2011). Acesso em: 5/11/2012.

ANAMATRA[53] [54] manifestaram-se em favor da tese da autora, sendo que os parlamentares[55] e a OAB atuaram em sentido contrário, embora o relator tenha indeferido[56] os pedidos das entidades e da OAB[57], reconsiderando apenas quanto a essa última, em análise a Questão de Ordem[58].

O CNJ prestou informações defendendo sua competência normativa e a higidez do diploma regulamentar do processo administrativo disciplinar contra os magistrados impugnado na ação[59].

O Advogado Geral da União fez uma robusta defesa dos pontos impugnados e impetrou mandado de segurança[60], com pedido de liminar[61], contra a decisão monocrática proferida na ADI nº 4638/DF pelo relator Min. Marco Aurélio. Na defesa do diploma normativo impugnado, o AGU

---

[53] Pedido de ingresso como amicus curiae da ANAMATRA. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1690215&ad=s#54%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201. Acesso em: 5/11/2012.

[54] Parecer Jurídico da ANAMATRA. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1690224&ad=s#61%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201. Acesso em: 5/11/2012.

[55] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1690192&ad=s#51%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201. Acesso em: 5/11/2012.

[56] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4125637. Acesso em: 5/11/2012.

[57] A manifestação da OAB não estava disponível para consulta no sítio eletrônico do STF.

[58] O Presidente do Conselho Federal da OAB manifestou-se contra o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade sustentando o retrocesso da iniciativa e também a ineficácia da atuação das corregedorias dos Tribunais. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/Quentes/17, MI142142, 31047-Presidente+da+OAB+critica+ADIn+que+diminui+poder+de+punir+do+CNJ. Acesso em: 5/11/2012.

[59] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538761&ad=s#33%20-%20Peti%E7%E3o%20(83241/2011). Acesso em: 5/11/2012.

[60] Inicial do Mandado de Segurança nº 31.092. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1674626#46%20-%20Instru%E7%E3o%20-%200007%20Peticao%20Inicial%20. Acesso em: 5/11/2012.

[61] A liminar do mandado de segurança nº 31.092/DF, foi indeferida pelo Min. Presidente do STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1674633#49%20-%20Instru%E7%E3o%20-%200010%20Despacho. Acesso em: 5/11/2012.

esclareceu, inicialmente, que a Emenda Constitucional nº 45/2005 modificou substancialmente o contexto fático e jurídico da atividade correcional dos tribunais em face de seus magistrados, o que implicaria numa releitura de eventuais precedentes do STF[62] e mesmo da tábua de valores discutidos na presente ação direta.

Como primeiro argumento basilar da constitucionalidade formal do diploma regulamentar**,** sustentou o AGU que o "ato pretendeu estabelecer linhas gerais de articulação de um sistema nacional de controle das atividades dos juízes". Adicionou, ainda, não ser possível "vislumbrar hipótese de usurpação da competência atribuída ao legislador complementar para dispor sobre procedimentos disciplinares passíveis de punição com penas mais gravosas", porque as normas impugnadas "foram concebidas à imagem e à semelhança das correspectivas normas contidas na LOMAN. Algumas possuem conteúdo idêntico. Outras, meras variações de redação que não distorcem o conteúdo original preconizado pelo legislador complementar".

Com relação ao vício material, em especial quanto ao artigo 12 e seu parágrafo único da Resolução nº 135/11, sustenta o defensor do ato que "a criação do CNJ teve o desiderato de corrigir as anomalias presentes na função disciplinar exercida pelas Corregedorias locais, sobretudo no que se refere à apuração de magistrados integrantes de Tribunais". Como obra do poder constituinte derivado, o CNJ foi dotado não apenas de competência suplementar às ações exercidas pelas corregedorias locais,

> mas também da competência para preencher os vazios institucionais até então existentes, seja (iii) pelo poder de instaurar, originariamente, processos disciplinares para a investigação de infrações imputadas a membros de Tribunais; ou (iv) pela competência de conhecer das representações encaminhadas pelas ouvidorias de justiça a serem instaladas nos Estados e no Distrito Federal.

---

[62] O precedente citado é a ADI nº 2580, relator Min. Carlos Velloso, Julgamento em 26/09/2002, Publicação em 21/02/2003, em que assentou a recepção da LOMAN pela CF/88.

A competência legislativa, exercida de forma originária, decorreria dessa competência de colmatação e retificação da ação perpetrada pelas corregedorias dos tribunais em sua ação correcional, para assegurar "a própria efetividade do controle disciplinar e administrativo do Poder Judiciário".

Finalizada a fase de oitiva dos órgãos participantes do processo, CNJ e AGU, o relator, Min. Marco Aurélio, sustentou a legitimidade de sua decisão monocrática[63] de deferimento parcial de medida cautelar requerida, proferida em 19 de dezembro de 2011. Discorreu, inicialmente, sobre a dificuldade em levar a questão para julgamento pelo Plenário, pois o processo esteve na pauta de sessões nos meses de setembro, outubro e dezembro. Após a última sessão, em 19 de dezembro de 2011, o não chamamento do processo para julgamento lhe abriria a competência para decidir monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, nos termos do art. 21, inciso V do Regimento Interno do STF.

Em sua decisão singular, o Min. Marco Aurélio afastou a inconstitucionalidade formal, que levaria à suspensão integral da resolução impugnada, para decidir pontualmente, norma por norma. Suspendeu a eficácia do parágrafo único do artigo 12 e conferiu interpretação conforme ao *caput* do mesmo artigo, de modo a assentar a competência subsidiária do Conselho Nacional de Justiça em âmbito disciplinar.

O relator identificou uma tensão entre o CNJ e os tribunais em face das competências atribuídas ao primeiro pela EC nº 45, de 2004. O choque decorreria das normas expressas no art. 103-B, § 4º, inciso III, com os artigos 96, inciso I, alínea "a", e 99 da Constituição Federal, reconhecendo, portanto, que a competência correcional do CNJ estaria em confronto com a autodeterminação orgânico-administrativo dos tribunais em organizar as respectivas secretarias e juízos, inclusive por meio de competência legislativa regimental.

---

[63] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1652857&ad=s#38%20-%20Decis%E3o%20monocr%E1tica. Acesso em: 5/11/2012.

A decisão está estruturada em duas partes: a primeira traz um histórico do tema em diversos processos que foram objeto de decisão, quer pelo Plenário[64], quer pelos ministros individualmente, especialmente em mandados de segurança[65]. A segunda examina cada um dos dispositivos impugnados na petição inicial. *A priori*, o relator destaca a competência do CNJ em fiscalizar a atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário, porém, tal competência não poderia suprimir a independência dos tribunais quanto a suas autonomias político-administrativas, especialmente quanto à capacidade disciplinar. Como fundamento subsidiário, invoca o relator a forma federativa do Estado brasileiro, que permite aos Estados organizarem seus tribunais de Justiça e, por último, a aplicação subsidiária das regras do Estatuto dos Servidores Públicos, em casos de omissão da LOMAN[66].

No exame específico do artigo 12, *caput*, o relator conferiu interpretação conforme a Constituição, "para assentar, em âmbito disciplinar, a competência subsidiária do Conselho Nacional de Justiça"[67]. Quanto ao parágrafo único, concedeu a liminar para suspender o preceito, em razão da "invasão da autonomia administrativa dos tribunais para regular o procedimento disciplinar, nos termos versados no artigo 96, inciso I, alínea "a", da Carta Federal e na Lei Orgânica da Magistratura"[68].

O Procurador Geral da República sustentou em plenário a constitucionalidade do diploma normativo impugnado.

---

[64] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, acórdão publicado em 17 de março de 2006, o Supremo assentou a constitucionalidade do próprio Conselho.
[65] Mandado de Segurança nº 28.884/DF, rel. Min. Marco Aurélio e 28.799/DF, rel. Min. Celso de Mello.
[66] Mandado de Segurança nº 25.191, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 17/12/2007 e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.436, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/10/1999.
[67] Decisão monocrática, p. 34. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1652857&ad=s#38%20-%20Decis%E3o%20monocr%E1tica. Acesso em: 5/11/2012.
[68] Decisão monocrática, p. 35. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1652857&ad=s#38%20-%20Decis%E3o%20monocr%E1tica. Acesso em: 5/11/2012.

O Plenário, na assentada de 2 de fevereiro de 2012, negou referendo, por maioria, à decisão monocrática quanto ao artigo 12, *caput*, e seu parágrafo único[69].

4 O COTEJAMENTO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELOS ATORES COM A DOUTRINA DE BOURDIEU QUANTO AO CAMPO, PODER SIMBÓLICO E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

O processo analisado no presente artigo permite uma análise acerca da aplicação da teoria de Bourdieu, e de suas categorias teóricas quanto ao campo jurídico, ao poder simbólico e à violência simbólica, em especial quanto à hipótese de que a atuação do CNJ, como órgão fiscalizador do Poder Judiciário, se deu num contexto de violência simbólica.

Conforme destaca Bourdieu, a compreensão da gênese social do campo jurídico passa pela identificação "da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram" (2011, p. 69).

Como define o sociólogo francês,

> o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na que se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (2011, p. 212).

Diante do conceito acima, tem-se que, no campo jurídico, o jogo é disputado em torno da leitura do texto jurídico, pois este carrega em si o poder em estado potencial (BOURDIEU, 2011, p. 213). Dessa feita, o texto normativo no centro da arena de luta dispõe sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça[70] em conjunto com os tribunais nos processos

---

[69] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733505&ad=s#67%20-%20Certid%E3o%20de%20julgamento. Acesso em: 5/11/2012.

[70] Art. 12, *caput* da Resolução nº 135, de 2011.

administrativos disciplinares contra magistrados. Como fator adjacente, porém, não menos importante, tem-se a prevalência das regras editadas pelo CNJ[71] em detrimento das normas editadas pelos tribunais. Ou seja, disputa-se quem pode dizer o texto normativo e, por conseguinte, atuar nos processos administrativos disciplinares de modo autônomo ou não.

Sob o prisma da Autora, Associação de Magistrados, não caberia ao CNJ legislar sobre a atividade correcional dos magistrados, pois estaria a mesma afeta à competência legislativa do Congresso Nacional e dos próprios tribunais, por meio de seus regimentos internos, sendo que a participação do Conselho Nacional de Justiça nos processos administrativos disciplinares seria subsidiária à das Corregedorias dos Tribunais. Tal assertiva decorreria da leitura dos artigos 96, incisos I e II e 93, *caput*, incisos VIII e X da Constituição Federal.

As entidades de classes de magistrados, que requereram o ingresso no processo como *amici curiae*, a ANAMAGES e a ANAMATRA, reforçaram a tese da AMB quanto à incompetência legislativa do CNJ e ainda destacaram sua atuação subsidiária em face das corregedorias em processos disciplinares contra magistrados.

Em outro diapasão, a AGU, a OAB, um grupo de Senadores e o PGR sustentaram a competência normativa do CNJ e sua atuação nos processos disciplinares, nos termos do art. 103-B, §4º, incisos I, III e V da Constituição Federal.

Voltando para Bourdieu, tem-se que todos os atores agiram na crença de que defendem a Constituição e não de eventuais interesses corporativos. Desse modo, independentemente da decisão final, o resultado do jogo seria alcançado com a prevalência da norma constitucional no regramento do assunto, qualquer que fosse esta.

Interessante apontar que nem todos os agentes investidos de competência técnica para o confronto foram admitidos no julgamento. Destaca-se o caso específico das associações de magistrados que tiveram

---

[71] Parágrafo único do art. 12 da Resolução nº 135, de 2011.

seus pedidos de *amicus curiae* indeferidos pelo relator, o que parece indicar que as teorias de Peter Häberle[72] não encontram total ressonância em alguns temas julgados pelo STF.

O confronto ocorreu no campo da interpretação do texto constitucional com o intuito de impor uma visão legítima e justa da autonomia dos tribunais em choque com a do CNJ. Assim, a identificação do campo jurídico com seu linguajar próprio e específico e os embates de posições absolutamente antagônicas ocorrem sob o manto de defesa da Constituição. Em outros termos, todos os coparticipantes participaram ou pediram para participar do jogo, sob o argumento de que defendiam a higidez do texto constitucional maculado por invasão de competência normativa e prevalência de ação nos processos disciplinares.

Outros aspectos do discurso, como a superação de quadro de ineficiência e falta de controle da atuação censitária das corregedorias, que atuariam sob o manto corporativo, foram deixados de lado pelas entidades de classe, porém, explorados pelo AGU na manifestação em prol do respeito à higidez da Constituição quanto à competência legislativa dos tribunais e do Congresso Nacional.

Percebe-se assim, de um lado, que esses lapsos identificados na argumentação das entidades de classe são justificados e compreendidos na medida em que visam à imposição de sua perspectiva do que seria atribuição do CNJ, subsidiária e complementar à dos tribunais. Por outro, a fundamentação do AGU procurou demonstrar que a ineficiência do modelo correcional derradeiro teria desencadeado a modificação do texto constitucional, com a criação do CNJ, para dar efetividade ao controle dos desvios praticados pelos magistrados que ficavam anteriormente sem fiscalização. Assim, a tese de invasão de competência e atuação subsidiária seria incompatível com o novel comando constitucional, após Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

[72] Vide a respeito HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

Como ressalta Bourdieu, o poder simbólico é um “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não sabem que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (2011, pp. 7-8). Tal poder pode ser identificado no conteúdo do texto normativo impugnado que utiliza elementos linguísticos carregados de impessoalidade e de neutralidade. A cabeça do artigo 12 utilizou uma assertiva positiva quanto à competência do tribunal a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, para funcionar nos processos administrativos disciplinares e para aplicar penalidades. Todavia, a redação do dispositivo vai além ao adicionar àquela atuação do tribunal também a do Conselho Nacional de Justiça.

A leitura direta do texto jurídico impugnado (art. 12 e seu parágrafo único) conduziria para o reconhecimento da atuação subsidiária do CNJ nos processos administrativos disciplinares. No entanto, considerando que foi o próprio CNJ o autor do texto e que a competência disciplinar, em estado potencial, somente poderia ser apropriada se o CNJ tivesse a liberdade de agir, independentemente da ação dos tribunais, tem-se, então, que o poder simbólico do CNJ decorre da ordem inversa do texto normativo em fixar a competência dos tribunais, sem prejuízo de sua competência para também atuar.

Esse quadro é finalizado com a redação do parágrafo único do artigo 12 da Resolução nº 135, de 2011, que adotou a lógica inversa do *caput*, pois as disposições normativas dos tribunais (regimentais) incidirão nos procedimentos e normas previstos na Resolução nº 135, de 2011, naquilo que não conflitarem com esta última. Ou seja, na hipótese de conflito de normas, a prevalência é das regras da Resolução.

A violência simbólica, por último, decorre de todos os artifícios retóricos decorrentes da ideologia, “que visam dissimular e escamotear a margem de arbitrariedade e pessoalidade contidas no exercício do poder simbólico em relação aos destinatários do mesmo” (PINHEIRO). Percebe-se essa categoria teórica na inicial, quando a Autora justifica sua tese deduzindo certa pretensão do legislador constituinte derivado ao estabelecer a

competência disciplinar do CNJ[73]. Se a premissa fosse verdadeira, o critério da subsidiariedade estaria expresso no texto produzido pelo constituinte derivado. Porém, o texto do art. 103-B da Constituição Federal não autoriza essa conclusão por ausência de tal critério.

Dentro de tal raciocínio, existe uma contradição em termos na argumentação da AMB nos itens 93, 94 e 95 da inicial, que sustenta haver um "constrangimento" para o magistrado perante o cidadão, no simples fato da existência de um processo disciplinar, quando o Estado tem o dever de apurar e punir ilícitos praticados por seus cidadãos, mesmo que juízes. O argumento é retórico porque o grau de maturidade e pleno funcionamento do Estado de direito decorre justamente de sua capacidade de apurar e punir os ilícitos porventura praticados sob sua jurisdição. A impunidade, seja por deficiências operacionais ou mesmo por regulamentações contraditórias, foi deixada de lado pela AMB e as demais entidades de classe, em suas manifestações para esconderem as arbitrariedades anteriormente perpetradas e a pessoalidade no exercício do poder simbólico praticado pelas corregedorias dos tribunais, dirigidas exclusivamente por magistrados.

O contraponto mais efetivo da violência simbólica no embate é percebido na manifestação do AGU, que centrou seu discurso na mudança fática e jurídica do contexto adjacente ao jogo interpretativo em razão da atuação do poder constituinte derivado, insatisfeito com a atuação das Corregedorias dos tribunais. Deflui de tal ponto que a análise dos argumentos pelo Supremo Tribunal Federal deveria ocorrer em contexto diferente daquele anterior à modificação do texto constitucional decorrente da reforma do Poder Judiciário em face da EC nº 45/2004.

Dessa forma, a violência simbólica acompanhou as manifestações dos atores em disputa, pois a efetividade dos processos disciplinares com a eventual responsabilização de magistrados envolvidos em desvios de

---

[73] Item 17 da petição inicial: "Ademais, quando o legislador constituinte derivado estabeleceu que o CNJ teria competência disciplinar 'sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos Tribunais" ele o fez atribuindo uma competência subsidiária ao CNJ, já que a sua atuação somente poderia se dar após o exercício da competência disciplinar originária pelos Tribunais".

conduta perdeu espaço diante de temas como a subsidiariedade e incompetência normativa. Ou seja, a atuação efetiva e adequada dos órgãos de fiscalização e controle da atividade administrativa dos magistrados era questão de somenos importância diante do embate referente à primazia para o conhecimento e julgamento dos processos administrativos disciplinares, além da irrelevância, para a AMB, quanto ao anacronismo da legislação a ser aplicada, que possibilitava a impunidade dos agentes eventualmente envolvidos em processos disciplinares.

CONCLUSÃO

A criação do CNJ foi resultado de um processo de amadurecimento da necessidade de fiscalização de todos os órgãos do Estado brasileiro, mesmo daqueles em que seus membros sejam agentes políticos. Esse processo de controle ainda não se ultimou diante dos constantes embates entre as determinações do Conselho e as entidades de classe que possuem legitimidade para acionar a jurisdição constitucional por meio de ações diretas de inconstitucionalidade.

O STF, por meio de várias decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo matérias disciplinadas pelo CNJ, fixou os principais pontos da competência do Conselho e suas atribuições. Tais julgamentos assentaram a ideia de que o próprio CNJ tem suas atribuições e competências balizadas pelo STF. Ficou assentado que o Conselho possui poder normativo regulamentar, podendo editar resoluções para disciplinar as matérias de sua competência.

O artigo analisou especificamente a Resolução nº 135, de 2011, do CNJ, impugnada mediante a ADI nº 4836 de autoria da AMB, com liminar deferida monocraticamente pelo relator Ministro Marco Aurélio e referendada em parte pelo Plenário do STF.

A análise dos argumentos da AMB na petição inicial indicou a defesa de interesses corporativos sob um discurso de proteção da Constituição Federal. O mesmo ocorreu na defesa do ato normativo apresentado pelo AGU e nas razões invocadas pelo relator em sua decisão monocrática.

Desse modo, o exame das manifestações dos principais atores durante a fase inicial da ADI até o julgamento do referendo da medida liminar, à luz da teoria de Bourdieu, permitiu confirmar a tese inicial de que a atuação do CNJ se deu num contexto de violência simbólica, diante de um discurso aparente de defesa da Constituição, porém voltado efetivamente para dissimular o exercício do poder simbólico.

O jogo disputado durante o ajuizamento e julgamento da ADI nº 4638 girou em torno do confronto dos agentes investidos de competência para interpretar o texto constitucional segundo sua ótica de valores e interesses. Essa prática, apesar de legal e legítima, visa dificultar a percepção do jurisdicionado do poder simbólico.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, S. (2005). *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.* Rio de Janeiro, RJ: Forense.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, Plenário. DJE nº 192, de 5/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3823, Plenário. DJE nº 225, de 23/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638, Plenário. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1381211#0%20-%20Peticao%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20Inicial. Acesso em: 5/11/2012.

BOURDIEU, P. (2011). *O poder simbólico* (15 ed.). (F. TOMAZ, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil.

COSTA, F. d. (2001). *Autogoverno e controle judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça.* Brasília, DF: Brasília Jurídica.

MENDES, G., BRANCO, P. G., & COELHO, I. M. (2010). *Curso de Direito Constitucional* (5 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

PEDERSOLI, C. (2011). *Conselho Nacional de Justiça: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado.* Belo Horizonte, MG: Fórum.

PINHEIRO, W. d. (s.d.). *Jus Navegandi.* Acesso em 16 de Outubro de 2012, disponível em Reflexões sobre o campo jurídico a partir da sociologia de Pierre Bourdieu: jus.com.br/revista/texto/21579.

SILVA NETO, M. J. (2008). *Curso de Direito Constitucional* (3 ed.). Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

SLAIB FILHO, N. (2005). *Reforma da justiça: notas à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.* Niterói, RJ: Impetus.

STRECK, L. L., SARLET, I. W., & CLÈVE, C. M. (s.d.). Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Acesso em 2 de Novembro de 2012, disponível em Revista de Doutrina do TRF 4: www.revistadoutrina.trf4.gov.br.